



Thermische Netze aus rechtlicher Perspektive

Ausgewählte Grundfragen zu Fernwärme & Co.

599

MARTIN FÖHSE*

Thermische Netze sind ein wichtiger Pfeiler auf dem Weg zu einer CO₂-neutralen Zukunft. Der Bau der Infrastruktur ist allerdings kapitalintensiv. Man operiert deswegen mit Anschlusspflichten und Versorgungsmonopolen, womit sich der Staat in die Verantwortung nimmt. Dies ist – richtig gemacht – zulässig. Es gilt dabei aber zu beachten, dass die entsprechende Regulierung rechtsstaatlichen Ansprüchen genügt und die Projekte nicht durch die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes gefährdet werden. Der Preis für die Monopolisierung ist – neben der staatlichen Verantwortung – die Anwendbarkeit des öffentlichen Rechts auf die betreffenden Rechtsverhältnisse. Dies hat Folgen in Bezug auf die Wirksamkeit der Grundrechte, wie auch auf den Rechtsweg. Diese gilt es in die strategischen Überlegungen einzubeziehen. Die einschlägigen kantonalen Regeln sind äusserst heterogen und scheinen teilweise noch nicht ganz auf der Höhe der Zeit zu sein.

Les réseaux thermiques constituent un pilier important pour un avenir neutre en CO₂. La construction de l'infrastructure requiert toutefois des investissements en capital considérables. L'utilisation d'outils tels que les obligations de raccordement ou les monopoles d'approvisionnement s'est par conséquent développée, l'État assumant ainsi sa part de responsabilité. Ce procédé est admissible, à condition de respecter les règles. Il convient en effet de veiller à ce que la réglementation en la matière réponde aux exigences de l'État de droit et que les projets ne soient pas compromis par la loi sur les cartels. La conséquence de l'existence du monopole consiste, outre la responsabilité de l'État, en l'application du droit public aux rapports de droit concernés, ce qui a des implications tant quant à la validité des droits fondamentaux qu'à la procédure applicable. Il convient d'en tenir compte dans les considérations stratégiques. Les règles applicables dans les cantons sont hautement hétérogènes et certaines ne semblent pas encore entièrement répondre aux exigences actuelles.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 - A. Ausgangslage
 - B. Fragestellung
- II. Überblick zu Regelungskompetenzen und Zuständigkeiten
- III. Anschluss- und Versorgungspflicht sowie Entgeltregulierung
 - A. Vorbemerkungen
 - B. Gängige Ausgestaltung
 1. Anschlusspflicht
 2. Versorgungspflicht
 3. Entgeltregulierung
 4. Fazit
- IV. Monopol und Netzzugang bei strukturellen thermischen Netzen
 - A. Grober Überblick zu den Monopolen
 - B. Zulässigkeit kantonalen Monopole
 1. Lehre und Praxis
 2. Fazit
 - C. Netzzugang gestützt auf das KG?
- V. Anwendbares Recht

I. Einleitung

A. Ausgangslage

Die Wärmeversorgung verursacht rund ein Drittel der schweizerischen CO₂-Emissionen. Der Bundesrat verspricht sich deshalb viel von thermischen Netzen. Sie er-

möglichen u.a. die Substituierung konventioneller, fossil betriebener Heizsysteme. Gemäss einem vom Bundesamt für Energie in Auftrag gegebenen Bericht werden in der Schweiz bereits über 4200 thermische Netze (Stand 2022) betrieben. Die transportierte jährliche Energiemenge beträgt rund 8,5 TWh, wobei Studien von einem Potenzial von 17–22 TWh ausgehen sollen.¹ Zur Einordnung: In etwa diese Menge Energie in Form von Strom (gut 20 TWh) erzeugten letztes Jahr die noch verbleibenden vier Kernkraftwerke Beznau 1 und 2, Leibstadt und Gösigen.² Das entspricht rund einem Drittel der gesamten jährlichen Stromproduktion in der Schweiz.

Über thermische Netze kann Wärme oder Kälte zu Verbrauchsstätten transportiert werden. Als Transportmedium kommt Wasser oder Dampf, mitunter Sole zur Anwendung. Das Wasser oder der Dampf wird bei der sog. «Fernwärme»³ i.d.R. an zentraler Stelle erhitzt bzw. erzeugt und anschliessend über das thermische Netz an die Verbrauchsstätten geliefert. Die dabei festgelegten sog. Vorlauftemperaturen weichen je nach den Gegebenheiten

* MARTIN FÖHSE, Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner bei Kellerhals Carrard und Lehrbeauftragter für Bau- und Planungsrecht an der Universität St. Gallen (HSG).

¹ Bericht des Bundesrates vom 17. Dezember 2021 in Erfüllung des Postulates 19.4051, FDP-Liberale Fraktion, Potenzial von Fernwärme- und Fernkälteanlagen, 18. September 2019, 37.

² Bundesamt für Energie (BFE), Schweizerische Elektrizitätsstatistik 2021, 2.

³ Mitunter wird bei thermischen Netzen dieses Typus mit geringerer räumlicher Ausdehnung auch der Begriff «Nahwärme» verwendet.

und Bedürfnissen in den betroffenen Netzen (z.B. Prozess- oder Komfortwärme)⁴ stark voneinander ab.⁵ Das Transportmedium befindet sich in einem geschlossenen Kreislauf. Der weitaus grösste Teil solcher Fernwärme-Energie stammt aus Abwärme von Kehrrechtverbrennungsanlagen (KVA; 45%). Diese Variante ist v.a. beliebt in den grossen Städten wie Zürich, Basel, Genf, Bern und Lausanne. Als weitere Quellen folgen Anlagen, in denen Holzschnittel verbrannt werden (30%). Die gelieferte Energie in Form von heissem Wasser oder Dampf kann an der Verbrauchsstätte durch Einsatz einer sog. Absorptionskältemaschine auch zum Kühlen eingesetzt werden.

Daneben gibt es Anlagen, die z.B. See- oder Grundwasser nutzen (Anteil bei thermischen Netzen gegenwärtig: Seewasser: 4%, Grundwasser: 2%). Dies sind sog. *Anergienetze*, wobei in diesem Kontext auch der Begriff «*Fernkälte*»⁶ verwendet wird. Die Temperatur des als Transportmedium eingesetzten Wassers ist hier deutlich tiefer – auch hier wird mit separaten Kreisläufen gearbeitet. Entnommenes Seewasser kann so wieder zurück in den See geleitet werden. Über solche Netze kann z.B. mittels (dezentralem) Einsatz von Wärmepumpen und Kältemaschinen bei den Verbrauchsstätten geheizt oder gekühlt werden. Alternativ besteht z.B. auch die Möglichkeit, dem Seewasser in einer Zentrale Energie zu entziehen und damit ein Fernwärmenetz zu speisen. Der Kanton Genf tut sich v.a. im Bereich der Seewassernutzung hervor. Hier hat der Soverän am 13. Februar 2022 einer Änderung der kantonalen Verfassung zugestimmt, die der Services Industriels de Genève (SIG) ein Versorgungsmonopol verschafft.

B. Fragestellung

Thermische Netze «passieren» bereits heute. Die gute Nachricht aus rechtlicher Sicht: Dank unserem Rechts-

system, das keine Lücken kennt, die nicht gefüllt werden könnten, ist bereits heute alles geregelt. Die schlechte: Man weiss noch nicht in jedem Fall, *wie*.

In groben Zügen stellt sich die Sache hier wie folgt dar: Geht es um rechtliche Fragen der *Erstellung* der Infrastruktur, also v.a. die planungs- und baurechtliche Seite des Leitungsbaus (inkl. das Thema Durchleitungsrechte und Konzessionen),⁷ mit einschliessend die damit allenfalls einhergehenden beschaffungsrechtlichen Fragen, befindet man sich in einem relativ dicht regulierten, praxiserprobten Bereich.⁸ Unsicherer wird das Terrain hingegen bei der Regulierung des *Betriebs* solcher Netze, angefangen bei der Anschlusspflicht und den sich daraus ergebenden Rechtsfragen, denn thermische Netze verschaffen der Eigentümerin ein *natürliches* Monopol, d.h. es ist wirtschaftlich nicht sinnvoll, eine parallele Netzinfrastruktur zu erstellen.⁹

Der Fokus dieses Beitrages liegt deshalb auf der Regulierung des Betriebs solcher Netze, namentlich auf der Frage der rechtlichen Einordnung von Anschluss- und Versorgungspflichten und deren Folgen in Bezug auf die betroffenen Rechtsbeziehungen. Dabei handelt es sich in weiten Teilen um *kantonales* Recht. Die bereits existierenden Regeln in Kantonen und Gemeinden weichen indessen sehr stark voneinander ab. Es geht vorliegend deshalb nicht darum, einzelne kantonale Regelungen zu analysieren, sondern vielmehr darum zu versuchen, einen ersten vagen Ansatz eines «State of the Art» für thermische Netze herauszuarbeiten bzw. zu definieren.

Dabei interessieren nur thermische Netze einer gewissen Dimension, die üblicherweise als *Fernwärme-* bzw. *Fernkältenetze* qualifiziert würden, im Französischen *réseaux thermiques structurants*¹⁰, was man wohl mit «*strukturelle thermische Netze*» übersetzen könnte. Dies in Abgrenzung zu *Nahwärme*-¹¹ und *Nahkältenetzen* mit

⁴ Als Komfortwärme wird die Energie bezeichnet, die für die Beheizung von Gebäuden und die Warmwasseraufbereitung eingesetzt wird. Prozesswärme kommt bei industriellen Produktionsprozessen zum Einsatz.

⁵ Die Vorlauftemperaturen bei «warmen» thermischen Netzen bewegen sich i.d.R. in einer Bandbreite von 70–120°C (JOACHIM KÖDEL, in: Bundesamt für Energie/Verband Fernwärme Schweiz [Hrsg.], Leitfaden Fernwärme/Fernkälte, Schlussbericht, August 2018, Version 1.2, 18.9.2020, 133). Sie können aber, namentlich in älteren Netzen, auch darüber liegen. Gemäss Angaben der Industriellen Werke Basel (IWB) beträgt die Temperatur im Fernwärmenetz der IWB z.B. gegenwärtig 170°C, wobei man eine Absenkung bis 2025 auf 120°C anstrebe (IWB Industrielle Werke Basel [Hrsg.], IWB Geschäftsbericht, Nachhaltigkeitsbericht 2021, 3).

⁶ Auch hier (vgl. FN 3) wird für Netze geringerer Ausdehnung der Begriff «*Nahkälte*» verwendet.

⁷ Vgl. ETIENNE POLTIER, *Droit suisse de l'énergie*, Bern 2020, N 69 ff.; vgl. dazu die Ausführungen bei ANDREAS ABEGG/NAGHAN MUSLIU, *Die Fernwärmeversorgung – eine rechtliche Einordnung*, *sui generis* 2022, 43 ff., N 4 ff.

⁸ Vgl. dazu die Ausführungen bei ABEGG/MUSLIU (FN 7), N 28 ff.

⁹ Vgl. auch MARKUS SCHREIBER, in: Sebastian Heselhaus/Markus Schreiber/Marion Zumoberhaus (Hrsg.), *Handbuch zum schweizerischen Energierecht*, 200.

¹⁰ Vgl. Secrétariat du Grand Conseil (GE), *Rapport de la commission de l'énergie et des Services industriels de Genève chargée d'étudier a) PL 12895-A, Projet de loi constitutionnelle du Conseil d'Etat modifiant la constitution de la République et canton de Genève (Cst-GE) (A 2 00) (Développement des réseaux thermiques structurants), b) PL 12896-A, Projet de loi du Conseil d'Etat modifiant la loi sur l'énergie (LEn) (L 2 30)*, 16.8.2021 (zit. GRAND CONSEIL GE), 5 f.

¹¹ Vgl. FN 3 und FN 6.

kleiner räumlicher Ausdehnung und nur wenigen Anschlussnehmerinnen, z.B. auf einem Areal, die i.d.R. auch auf privater Basis betrieben werden (*réseaux thermiques non structurants*¹²). Bei Letzteren sind die rechtlichen Herausforderungen überschaubar und lösbar.

Es wird wie folgt vorgegangen: Zunächst folgt ein grober Überblick zu den staatsrechtlichen Zuständigkeiten. Danach soll im Sinn einer übergeordneten Einordnung dargelegt werden, wie Anschluss- und Versorgungspflichten geregelt sind, gefolgt von einer Würdigung der gängigen Praxis. Zuletzt soll noch die Frage des anwendbaren Rechts kurz ausgeleuchtet werden.

II. Überblick zu Regelungskompetenzen und Zuständigkeiten

Soweit es um die *Erstellung* der Netzinfrastruktur geht, ergeben sich keine neuen Herausforderungen. Hier greift das übliche Regime von Bundes- und kantonalen Regelungs- sowie Vollzugszuständigkeiten des *Raumplanungs-* bzw. *Baurechts* (und ggf. des Umwelt- bzw. Natur- und Heimatschutzrechts; Art. 74 Abs. 1 BV, Art. 75 Abs. 1 BV und Art. 78 BV¹³). In Bezug auf das *Eigentum* an der Leitung selbst (vgl. dazu Art. 676 ZGB)¹⁴, wie auch in Bezug auf das Thema Sicherung von Durchleitungsrechten, greift, mit wenigen Ausnahmen (vgl. Art. 688 ff. ZGB), ebenfalls *Bundesrecht* (Art. 122 Abs. 1 BV). Allfällige kantonale Bestimmungen sind ggf. bloss deklaratorischer Natur bzw. wären rechtswidrig, falls sie dem Bundesrecht widersprechen. Im Zweifel gilt es dies zu prüfen.

Was den weiteren Kontext des *Betriebs* thermischer Netze anbetrifft, ist die Ausgangslage anspruchsvoller. Vorab zu sagen ist, dass Art. 91 Abs. 1 und Abs. 2 BV («Transport von Energie») hier *nicht* greifen, da diese Bestimmungen nur die (Bundes-)Kompetenz zur Strom- respektive Gasmarktregulierung enthalten.¹⁵ Eine entsprechende ausdrückliche Bundeskompetenz analogen Inhalts für thermische Netze fehlt also. Ebenso fehlt einschlägi-

ges, spezialgesetzliches Bundesrecht (welches allenfalls kompetenzwidrig erlassen worden wäre). Greifen kann indessen allenfalls das KG¹⁶, womit dennoch unmittelbar Bundesrecht zur Anwendung kommen könnte (erlassen gestützt auf die Zuständigkeit aus Art. 96 BV).

Die Frage der Regelungskompetenz von *Anschluss-* und *Versorgungspflichten* für thermische Netze bewegt sich daneben im verfassungsrechtlichen Dunstkreis der Energie-, Raumplanungs-, Umwelt- und Wettbewerbspolitik. Dabei dürfte das Schwergewicht des zu erlassenden materiellen Rechts den Energie- (Art. 89 BV) und dort im Gebäudebereich (Art. 89 Abs. 4 BV) betreffen, wo «vor allem» die Kantone zuständig sind. Wenngleich u.a. auch ein Bezug zum CO₂-Gesetz gegeben ist, handelt es sich im Kern nicht um klassisches, materielles Umweltrecht und auch nur mittelbar um Wettbewerbsrecht. Im Ergebnis bleibt den Kantonen also insgesamt ein nicht unerheblicher Regelungsspielraum (Art. 3, 43 und 43a BV). Inwiefern die *Gemeinden* legislieren können, ergibt sich schliesslich – sofern eine kantonale Zuständigkeit gegeben ist – aus dem übergeordneten *kantonalen* Recht (Art. 50 Abs. 1 BV). Es spricht also einiges für eine kantonale Zuständigkeit, was die Regulierung des Betriebs (mit einschliessend Anschluss- und Versorgungspflichten), thermischer Netze anbetrifft.

III. Anschluss- und Versorgungspflicht sowie Entgeltregulierung

A. Vorbemerkungen

Bei der Anschlusspflicht ist – nebst ihrer energie- und umweltpolitischen Dimension – auch die wirtschaftliche Komponente von Bedeutung. Die Erstellung thermischer Netze ist kapitalintensiv¹⁷ – der Kanton Genf rechnet z.B. mit Investitionen von rund CHF 4 Milliarden in den nächsten Jahren.¹⁸ Um die Infrastruktur innert vernünftiger Zeit amortisieren zu können, braucht es Abnehme-

¹² Vgl. FN 10.

¹³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

¹⁴ Spezialgesetzliche Bestimmungen analog zu Art. 15a EleG (Bundesgesetz vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen; SR 734.0) oder Art. 37 FMG (Fernmeldegesetz vom 30. April 1997; SR 784.10) existieren vorliegend nicht.

¹⁵ RENÉ SCHAFFHAUSER/FELIX UHLMANN, Art. 91 BV N 3, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer Schweizer/Klaus Vallerder (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. A., Zürich 2014 (zit. SGK-VERFASSER).

¹⁶ SGK-SCHAFFHAUSER (FN 15), Art. 91 BV N 16; Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

¹⁷ Vgl. GRAND CONSEIL GE (FN 10), 28, indirekt wiedergegebene Äusserungen von JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY: «*Par ailleurs, l'établissement de réseaux structurants n'est pratiquement possible qu'en présence d'un seul et même délégataire de la tâche publique sur l'ensemble du territoire cantonal en raison des investissements très importants qui sont nécessaires ainsi que de l'obligation de coordonner les différents réseaux et de les réaliser dans les meilleurs délais*».

¹⁸ Vgl. GRAND CONSEIL GE (FN 10), 5 (Schätzung von Staatsrat ANTONIO HODGERS).

rinnen für die angebotene Energie. Die beste Abnehmerin ist freilich jene, die nicht nein sagen kann. Wer eine *Anschlusspflicht* vorschreibt, sieht aus gewichtigen finanziellen Gründen sinnvollerweise auch eine *Bezugspflicht* vor.¹⁹ Das Gemeinwesen nimmt sich damit aber zwangsläufig auch in die Verantwortung, wenn nicht in die *Erfüllungs-* so zumindest in die *Gewährleistungsverantwortung*²⁰: Es muss m.a.W. auch die *Versorgung* sicherstellen. Die so kreierte Abhängigkeit kann damit, je nach Ausgestaltung, umgekehrt auch zum *Anspruch auf Belieferung* führen (ggf. liesse sich ein solcher aufgrund der staatlich geschaffenen Abhängigkeit gar direkt aus der Verfassung ableiten). Gleichzeitig stellt sich aufgrund Monopolsituation die Frage nach der Entgeltregulierung.

Nachfolgend soll grob dargelegt werden, wie dies in der Praxis umgesetzt wird.

B. Gängige Ausgestaltung

1. Anschlusspflicht

Kantone verknüpfen die Grundlage für die Anschlusspflicht in der Regel mit der *Energieplanung* (im weiteren Sinne verstanden).²¹ D.h. sie schaffen eine Grundlage in einem kantonalen Gesetz, das vorsieht, dass in bestimmten Gebieten eine Anschlusspflicht festgelegt werden kann.²² Dies ist sachlich richtig und naheliegend, denn die Anschlusspflicht darf – rechtlich – nicht flächendeckend gelten, sondern nur dort, wo sie sinnhaft, d.h. *verhältnismässig* ist. Dies gebietet die verfassungsrechtliche bzw. grundrechtliche Perspektive, denn eine Anschlusspflicht greift – in schwerer Weise²³ – sowohl in die Eigentums- (Art. 26 Abs. 1 BV) wie auch in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) ein. Der Eingriff bedarf einer Grund-

lage in einem Gesetz im formellen Sinn (Art. 36 Abs. 1 BV) und muss, wie erwähnt, das Prinzip der Verhältnismässigkeit wahren (Art. 36 Abs. 2 BV).²⁴ Der Weg über die Planung erlaubt nun die (ggf. präzise, d.h. parzellenscharfe) Bezeichnung der betroffenen Liegenschaften oder Gebiete. Durch die Herangehensweise über die Planung kann darüber hinaus auch den grundlegenden raumplanerischen Interessen Rechnung getragen werden, namentlich dem Bedürfnis nach einer auf die erwünschte Entwicklung des Landes ausgerichtete Ordnung der Besiedlung (Art. 1 Abs. 1 RPG²⁵; vgl. auch Art. 6 Abs. 2 Bst. b^{bis} RPG). Ein gewichtiger Aspekt in Bezug auf die Verhältnismässigkeit ist schliesslich, ob auch bestehende Bauten angeschlossen werden müssen – in der Regel dürfte man hier aber zurückhaltend sein.

Im Ergebnis ist die Anschlusspflicht bei thermischen Netzen also typischerweise an zwei Voraussetzungen geknüpft: (1) die Schaffung einer entsprechenden *generell-abstrakten Norm auf Gesetzesstufe*, (2) den Akt der *geographischen Bezeichnung des Gebietes*, wo sie greifen soll. Dies ist auch für den Rechtsschutz relevant: Das Gesetz selbst ist nach den Vorgaben des kantonalen Rechts direkt anfechtbar (abstrakte Normenkontrolle), ebenso (danach) eine gestützt darauf erfolgende *Nutzungsplanung* im Rahmen derer eine Gebietsbezeichnung vorgenommen wird (Art. 21 Abs. 1 bzw. Art. 33 Abs. 2 RPG). Erfolgt die Gebietsbezeichnung hingegen in der Form der Richtplanung, besteht (in der Regel) keine Möglichkeit zur Anfechtung (Art. 9 Abs. 1 RPG). Auch hier bleibt aber der Weg über die akzessorische gerichtliche Kontrolle offen.

2. Versorgungspflicht

Anders als die Anschlusspflicht scheint die Versorgungspflicht auf kantonaler Ebene mitunter ein eher stiefmütterliches Dasein zu fristen. So fehlt schon in den MuKEN²⁶ eine ausdrückliche Regelung.²⁷

Es gibt aber durchaus auch Musterknaben, was die Festlegung der Versorgungspflicht anbetrifft. Eine klare Regelung existiert z.B. im Kanton Bern, wonach – sofern die Gemeinde eine Anschlusspflicht für ein Gebäude vor-

¹⁹ Vgl. dazu POLTIER (FN 7), N 90 – die nackte Anschlusspflicht (ohne Bezugspflicht) dürfte in der Praxis kaum eine Rolle spielen; SEBASTIAN HESELHAUS/MARKUS SCHREIBER, *Rechtliche Grundlagen der Fernwärme*, Jusletter vom 19. Dezember 2016, N 19.

²⁰ Zu den Begriffen s. KATHRIN FÖHSE, *Die rechtliche Ausgestaltung der nationalen Netzgesellschaft*, Diss. Bern, Zürich 2014, N 393.

²¹ Es gibt z.T. auch noch materielle Kriterien, z.B. einen minimalen Anteil erneuerbarer Energie im entsprechenden thermischen Netz, so z.B. in § 19 Abs. 5 Energiegesetz des Kantons Basel-Stadt vom 16. November 2016 (EnG/BS; SG 772.100); vgl. ABEGG/MUSLIU (FN 7), N 7 ff.

²² Vgl. Mustervorschriften der Kantone im Energiebereich (MuKEN), Modul 10, Art. 10.4, von der Konferenz Kantonalen Energiedirektoren, 2014, Nachführung 2018; § 19 Abs. 5 EnG/BS; § 6 Abs. 1 Kantonales Energiegesetz des Kantons Luzern vom 4. Dezember 2017 (KEenG/LU; SRL 733).

²³ Einschränkung der Freiheit bei der Wahl der Energiebeschaffung bzw. ggf. der eingesetzten Heizsysteme; Kontrahierungspflicht; ggf. Pflicht zum Ersatz von Anlagen und Geräten.

²⁴ Vgl. ABEGG/MUSLIU (FN 7), N 15.

²⁵ PIERRE TSCHANNEN, *Praxiskommentar RPG: Richt- und Sachplanung, Interessenabwägung*, Zürich 2019, Art. 1 Ziele / I. – II. N 22; Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

²⁶ Vgl. FN 22.

²⁷ Die einschlägige Regel der MuKEN in Modul 10 Art. 10.4 Abs. 7 spricht die Versorgungspflicht nur implizit, im Rahmen der Voraussetzungen zur Schaffung der Anschlusspflicht an.

sieht (Art. 13 Abs. 1 Bst. a KEnG/BE²⁸) – das zuständige Energieversorgungsunternehmen nach Massgabe der verfügbaren Energiemenge *verpflichtet* ist, den Haushalten und Betrieben des Gebiets die benötigte Fernwärme oder Fernkälte zu liefern (Art. 13 Abs. 2 KEnG/BE). Eine Versorgungspflicht kann sich mitunter auch erst aus einem Zusammenspiel mehrerer Erlasse ergeben. Ein Beispiel ist der Kanton Basel-Stadt: In § 19 Abs. 9 EnG/BS ist festgehalten, dass «der Versorger» den Nachweis der Versorgungssicherheit im Fernwärme-Versorgungssperimeter zu erbringen hat. Darüber hinaus wird diese Versorgungspflicht zusätzlich abgesichert über das IWB-Gesetz²⁹ (§ 1 Abs. 2).

Freilich nehmen sich Kantone mitunter in ihren Verfassungen selbst in die Pflicht, was die Energieversorgung anbelangt (z.B. Art. 35 Abs. 2 KV/BE³⁰). Die fraglichen Normen dürften in der Regel mit Blick auf deren Klarheit und Normdichte indessen nicht ausreichend sein, um daraus eine konkrete, ein bestimmtes Rechtssubjekt verpflichtende Versorgungsaufgabe, jedenfalls im Sinne einer Erfüllungsverantwortung, abzuleiten.

3. Entgeltregulierung

Wie schon ausgeführt, befinden wir uns bei thermischen Netzen in einer Monopolkonstellation. Darauf soll später noch eingegangen werden. Vorderhand interessiert nur der Umstand, dass eine staatlich vorgeschriebene Abhängigkeit von einem Energielieferanten aus naheliegenden Gründen auch danach ruft, dessen Energiepreise zu kontrollieren.

Auch hier gibt es unterschiedliche Formen der Umsetzung. Mitunter ist die Entgeltregulierung – oder zumindest deren Rahmen – bereits in einem kantonalen Gesetz vorgesehen. So beispielsweise im Kanton Zürich: Gemäss § 3 EnerG/ZH³¹ geben die betroffenen Unternehmen Energie grundsätzlich gestützt auf allgemein verbindliche Gebühren für Anschluss und Lieferung ab. Der Verkauf von Tagespreisen ist zulässig, um überschüssige Energiemengen bestmöglich zu nutzen. Bei der Festsetzung der Gebühren werden nach Möglichkeit die tatsächlichen Kosten und die Art des Energiebezugs berücksichtigt (§ 3 Abs. 2 EnerG/ZH). In Basel-Stadt ist die Norm nicht ganz

klar. Gemäss § 19 Abs. 9 EnG/BS³² dürfen die im Rahmen einer Anschlusspflicht entstehenden Kosten für den Wärmepreis längerfristig für die Gebäudeeigentümerschaft nicht wesentlich höher sein als eine andere Wärmeversorgung. Mutmasslich geht es hier nicht nur um die Anschluss- und Umrüstkosten, sondern auch um die Kosten für die Energielieferung. Aber eben: nur mutmasslich. In anderen Fällen schweigt das kantonale Recht. Dies ist – soweit ersichtlich – beispielsweise im Kanton Thurgau der Fall. § 15 EnG/TG³³ enthält zwar eine (allerdings nur implizite) Grundlage für eine Anschlusspflicht, hingegen weder eine Regel zur Versorgungspflicht (abgesehen von der generellen Norm in § 82 Abs. 1 KV/TG³⁴), noch eine Regel zur Entgeltregulierung. Dies müsste in der Folge auf Stufe Gemeinde umgesetzt werden.

4. Fazit

Die Landschaft der kantonalen Regulierungen thermischer Netze ist äusserst heterogen. Soweit die stichprobenartige Sichtung einzelner Modelle es erkennen lässt, dürfte die Anschlusspflicht in der Regel relativ klar geregelt sein. Schwieriger wird es wohl bei der Frage der Versorgungspflicht und ebenso bei der Entgeltregulierung. Eine mangelhafte Umsetzung dieser beiden Punkte kann nicht nur Rechtsunsicherheit verursachen, sie kann auch rechtsstaatlich problematisch sein, und zwar dann, wenn die in ein Abhängigkeitsverhältnis gezwungenen Betroffenen einer Monopolistin ausgesetzt sind, die den Spielraum, den ihr mangelhafte Regeln verschaffen, einseitig zu ihrem Vorteil nutzt. Einen wirksamen Rechtsschutz in einer solchen Konstellation zu erreichen, kann schwierig sein – selbst wenn ggf. die Wettbewerbskommission (WEKO) oder der Preisüberwacher einschreiten könnten. Umso wichtiger sind klare Rahmenbedingungen, nicht nur beim Anschluss selbst, sondern auch in Bezug auf die Lieferung und das Entgelt. Nicht zuletzt hat dies, wie nachfolgend gezeigt wird, auch Einfluss auf die Frage der Anwendbarkeit des KG. Mit Blick auf diese Voraussetzungen scheint auf kantonaler Ebene durchaus noch am einen oder anderen Punkt Verbesserungspotenzial vorhanden zu sein.

²⁸ Kantonales Energiegesetz des Kantons Bern vom 15. Mai 2011 (KEnG/BE; BSG 741.1).

²⁹ Gesetz über die Industriellen Werke Basel vom 11. Februar 2009 (IWB-Gesetz/BS; SG 772.300).

³⁰ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV/BE; BSG 101.1).

³¹ Energiegesetz des Kantons Zürich vom 19. Juni 1983 (EnerG/ZH; LS 730.1).

³² Vgl. FN 19.

³³ Gesetz über die Energienutzung des Kantons Thurgau vom 10. März 2004 (EnG/TG; RB 731.1).

³⁴ Verfassung des Kantons Thurgau vom 16. März 1987 (KV/TG; RB 101).

IV. Monopol und Netzzugang bei strukturellen thermischen Netzen

A. Grober Überblick zu den Monopolen

Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei strukturellen thermischen Netzen ökonomisch betrachtet regelmässig und ohne weiteres legitimes Zutun um *natürliche* Monopole. Gleiches gilt für das *faktische* Monopol des Gemeinwesens, soweit für die Netzinfrastruktur die Nutzung des öffentlichen Grundes erforderlich ist.³⁵ Die Tragweite des faktischen Monopols wird aber nach hier vertretener Auffassung regelmässig überbewertet, wie schon RICCARDO JAGMETTI zu Recht festhält. Die Möglichkeit zur Nutzung des öffentlichen Grundes ist in aller Regel nicht das Problem, erst recht nicht, wenn sich das Gemeinwesen selbst die entsprechende Aufgabe gibt.³⁶

Vergleichbar mit der aus dem faktischen Monopol fließenden Stellung des Gemeinwesens ist auch die Stellung der Eigentümerin des thermischen Netzes. Ihr natürliches Monopol verstärkt sich durch das Eigentum an der Infrastruktur zu einer Rechtsstellung, die jener des faktischen Monopols des Gemeinwesens nicht unähnlich ist. Selbst wenn theoretisch der Marktzutritt einer Konkurrentin über ihr Netz denkbar wäre, kann sie dieser die Mitbenutzung ihrer Infrastruktur verweigern, sofern sie nicht durch Gesetz – z.B. das KG oder ein Spezialgesetz – dazu gezwungen wird. Diese Monopolstellung greift, über das Nadelöhr «Netz» hinaus, je nach rechtlicher Ausgestaltung und technischer Ausprägung der betreffenden Tätigkeit, sogar auf die vorgelagerte Produktion und die nachgelagerte Verteilung aus.³⁷

Mit Blick auf die kantonale rechtliche Umsetzung hat man es darüber hinaus in weiten Teilen gar mit *rechtlichen* Monopolen unterschiedlicher Ausprägung zu tun, die sich aus einem *Rechtssatz* ergeben.³⁸ Formal betrachtet kann sich dieses Monopol im Anschlussrecht bzw. in der Anschlusspflicht erschöpfen aber auch weiter gehen und, wie z.B. im oben geschilderten Fall, ein Rechtssubjekt bezeichnen, welches exklusiv die monopolisierte Tätigkeit, mit einschliessend die Lieferung von Energie, wahrnehmen darf. Hierbei dürfte es sich um sog. *mittel-*

bare rechtliche Monopole handeln.³⁹ Die rechtliche Monopolstellung kann sich im Übrigen auch hier aus dem Zusammenspiel eines Rechtssatzes kombiniert mit einer Verfügung und/oder einem verwaltungsrechtlichen Vertrag ergeben, mittels derer die Aufgabe einem bestimmten Rechtssubjekt übertragen wird.

De facto führt bei thermischen Netzen – wie eben dargelegt – also bereits das Einführen einer blossen Anschlusspflicht zu einer Monopolstellung der betreffenden Netzeigentümerin. Nach der hier vertretenen Auffassung müsste deshalb mit Blick auf die tatsächlichen Folgen einer entsprechenden Vorschrift im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit in jedem Fall der Massstab angelegt werden, der für die Einführung kantonaler rechtlicher Monopole gilt.⁴⁰

B. Zulässigkeit kantonaler Monopole

1. Lehre und Praxis

Die Frage nach der Zulässigkeit kantonaler Monopole ergibt sich im Wesentlichen aus dem Zusammenspiel von Art. 94 Abs. 4 BV und Art. 27 BV. Art. 27 BV betrifft in erster Linie die individualrechtliche Dimension der Wirtschaftsfreiheit, Art. 94 die systembedingte, institutionelle Dimension.⁴¹ Individualrechtlich betrachtet ist die (rechtliche) Monopolisierung ein schwerer Eingriff sowohl in die Wirtschaftsfreiheit als auch in die Eigentumsgarantie Betroffener, der nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig sein kann (vgl. dazu bereits oben die analogen Ausführungen zur Anschlusspflicht).

Aus der institutionellen Perspektive nach Art. 94 Abs. 4 BV sind Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind. Festzuhalten ist hierzu zu-

³⁵ Vgl. PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Bern 2022, N 1243; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, N 2691 ff.

³⁶ Vgl. CHRISTA TOBLER, Die Öffnung des Strommarktes in der Schweiz, Jusletter vom 26. April 2004, N 31 ff., mit Verweis auf Riccardo Jagmetti in der Kommentierung zu Art. 24 quater aBV.

³⁷ Vgl. zur Situation beim Strom KATHRIN FÖHSE, (FN 20), N 87.

³⁸ POLTIER (FN 7), N 91.

³⁹ Vgl. zur Abgrenzung von mittelbarem und unmittelbarem rechtlichen Monopol statt vieler TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 35), N 1243.

⁴⁰ Das Bundesgericht scheint im Urteil 1C_441/2011 vom 9. März 2012 in einem Fall, bei welchem – soweit ersichtlich – formal ebenfalls nur die Anschlusspflicht an ein thermisches Netz zur Debatte stand, von einem Monopol bzw. jedenfalls von einem Monopol im Sinn von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG auszugehen. Allerdings prüft das Bundesgericht (jedenfalls nicht explizit) dessen Zulässigkeit bestenfalls halbherzig entlang seiner eigenen Praxis, Art. 94 BV wird im Entscheid kein einziges Mal erwähnt.

⁴¹ VINCENT MARTENET, Art. 94 BV N 21, in: Vincent Martenet/Jaques Dubey (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Basel 2021 (zit. CR-VERFASSER); SGK-VALLENDER (FN 15), Art. 94 BV N 4; BGE 143 II 425 E. 4.2.

nächst, dass der Regalvorbehalt der Kantone *historische* Monopole wie das Jagd- und Fischerei-, das Berg- oder das Salzregal betrifft.⁴² Gemäss der Praxis des Bundesgerichts ist es den Kantonen gestattet neben den historischen Regalrechten auch weitere Monopole zu errichten, sofern dies durch hinreichende Gründe des öffentlichen Wohls gerechtfertigt und verhältnismässig ist. Insbesondere *unzulässig* sind Monopole zur Verfolgung rein fiskalischer Interessen (was bei den historischen Regalen zulässig ist).⁴³ Entscheidend sind soweit die Motive für eine Monopolisierung, wobei das Bundesgericht z.B. polizeiliche oder sozialpolitische, aber auch raumplanungs-, umwelt- und energiepolitische Motive gelten lässt.⁴⁴ Im Ergebnis geht damit bei der Klärung der Rechtmässigkeit eines hier rechtlichen Monopols,⁴⁵ die sich aus Art. 94 BV ergebende Fragestellung in der Prüfung nach Art. 27 BV i.V.m. Art. 36 BV auf, indem im Rahmen der Klärung des öffentlichen Interesses (Art. 36 Abs. 2 BV) auch danach zu fragen ist, ob der Monopolisierung ein im Licht von Art. 94 BV *legitimes Motiv* zugrunde liegt.

Wer sich mit der Elektrizitätswirtschaft befasst, wird nun möglicherweise an BGE 129 II 497 (Freiburger Elektrizitätswerke [FEW] c. Watt Suisse AG und Migros) denken. Im betreffenden Urteil ging das Bundesgericht der Frage nach, ob der Kanton Freiburg ein Monopol zugunsten der FEW geschaffen hatte, was dieses aber verneinte. Konsequenterweise bejahte es in der Folge die Anwendbarkeit des KG und damit auch das Recht der Watt die Migros über das FEW-Netz mit Strom zu versorgen. Da der Kanton aber im Begriff war, ein Monopol zu schaffen, liess sich das Bundesgericht zu einem obiter dictum hinreissen: « *Pour le surplus, on peut se demander sérieusement si et dans quelle mesure le canton de Fribourg a la possibilité d'instituer un monopole de droit en faveur de la recourante pour la livraison d'électricité. Il se pose en effet la question de savoir si un tel monopole serait justifié par un intérêt public et proportionné au but visé (art. 27 Cst. en relation avec l'art. 36 Cst.). Point n'est cependant besoin ici de trancher cette délicate question* ». Dies wird man seinerzeit als bundesrichterlichen Schuss vor den kantonalen Bug verstanden haben. Der Entscheid könnte

aber auch Zweifel an der Rechtmässigkeit von Monopolen im Bereich der thermischen Netze aufkommen lassen. Das Bundesgericht selbst nahm dem Entscheid in diesem Punkt aber danach mit ebenso deutlichen Worten die Spitze, indem es sich in BGE 132 I 282 mit überraschend deutlichen Worten davon distanziert.⁴⁶

Schwerlich zu rechtfertigen wäre indessen eine noch weiter gehende Monopolisierung, die über den Anschluss und die Belieferung hinaus ginge. So könnte man z.B. versucht sein, das Monopol insoweit auszudehnen, als dass die Monopolinhaberin bei strukturellen Anergienetzen nicht nur das Wasser liefert, sondern darüber hinaus auch noch die erforderlichen Anlagen bei den Verbrauchsstätten installiert und betreibt – was mitunter auch als «*Contracting*» bezeichnet wird. Hier würde das Monopol überdehnt, denn hier dürfte der Konnex zu den legitimen Gründen für eine Monopolisierung fehlen und der fiskalische Aspekt in den Vordergrund treten. Selbst wenn in solchen Konstellationen kein (rechtliches) Monopol geschaffen wird, ist die Konstellation problematisch, denn das betreffende Unternehmen hat durch seinen privilegierten Status aus dem Anschluss- und Lieferrecht einen vereinfachten Zugang zur Kundschaft und damit auch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber der Konkurrenz. Da hier indessen das Monopol nicht mehr greift (oder unzulässig wäre), könnte wiederum das KG greifen und damit ggf. auch Art. 7 KG (unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativ marktmächtiger Unternehmen) zur Anwendung gelangen. Erst recht problematisch ist dies dann, wenn das Unternehmen selbst direkt dem Staat zuzurechnen ist.

2. Fazit

Nach dem Gesagten ist gemäss der Praxis die Schaffung eines rechtlichen Monopols für die Versorgung über thermische Netze grundsätzlich zulässig, wenn dafür die nötige gesetzliche Grundlage geschaffen wird und die zulässigen Motive, hier energie- und umweltpolitischer Natur, überzeugend dargelegt werden können. Die Ausdehnung des Monopols auf ein sog. *Contracting* dürfte nicht zu rechtfertigen sein – im Gegenteil können entsprechende Angebote des durch das Privileg des Monopols geniesende Unternehmen potenziell den Wettbewerb verzerren. Im Übrigen ist eine Änderung der kantonalen Verfassung zur Schaffung eines Monopols nicht erforderlich, wengleich sich der Kanton Genf zu diesem Schritt entschieden hat. Der Grund dafür lag indessen weniger am

⁴² SGK-VALLENDER (FN 15), Art. 27 BV N 79; CR-MARTENET (FN 41), Art. 94 BV N 63.

⁴³ BGE 143 I 388 E. 2.1 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; vgl. auch SGK-VALLENDER (FN 15), Art. 27 BV N 80 f.

⁴⁴ BGE 143 I 388 E. 2.1 (Bestattungswesen); BGE 132 I 282 E. 3.3 (rechtliches Monopol für die Elektrizitätsversorgung).

⁴⁵ Die Diskussion der unterschiedlichen Anforderungen an die rechtliche Grundlage für faktische und rechtliche Monopole braucht hier nicht vertieft zu werden (vgl. dazu SGK-VALLENDER [FN 15], Art. 27 BV N 84 f.).

⁴⁶ BGE 132 I 202 E. 3.7.

Wunsch nach besserer demokratischer Legitimation, sondern an jenem nach Rechtssicherheit, denn die kantonale Verfassung enthielt bereits eine ähnliche Bestimmung zur Strom- und Gasversorgung, die bei Einführung eines Monopols bloss auf Gesetzesstufe zu Rechtsunsicherheiten hätte führen können.⁴⁷ Dennoch sei auch hier – wo man in der Regel also von einem sog. grundsatzkonformen, zulässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit auszugehen hat – die Frage gestellt, ob aufgrund dessen Tragweite – je nach Ausgestaltung – nicht auch eine Verfassungsänderung adäquat wäre. Umgekehrt ist dabei zu bedenken, dass auch ein Verbot von Öl-, Gas- oder Elektroheizungen am Ende zumindest in Teilen den gleichen Effekt haben kann wie eine Anschlusspflicht an thermische Netze. Eine Verfassungsänderung möchte man dafür allerdings nicht fordern wollen.

C. Netzzugang gestützt auf das KG?

«Nein» lautet die Antwort auf die in der Überschrift gestellte Frage. Sofern – so muss man einschränken – das geschaffene Anschluss- und Versorgungsmonopol den Anforderungen an Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG (Begründung einer staatlichen Marktordnung durch Festlegung massgeblicher ökonomischer Parameter in entscheidender Weise durch zwingende Vorschriften) oder Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG (Ausstattung einzelner Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, ausgestattet mit besonderen Rechten; d.h. dem betreffenden Unternehmen kommt eine rechtliche Sonderstellung zu) genügen, wobei faktische Monopole bzw. bloss faktische Gegebenheiten nicht ausreichen.⁴⁸ Es braucht m.a.W. einen (rechtmässigen) Wettbewerbsausschluss.⁴⁹ Man tut also gut daran, sich dessen bei der Schaffung der entsprechenden rechtlichen Grundlage gewahr zu sein, denn eine halbherzige Regulierung begünstigt die Anwendbarkeit des KG und kann dazu führen, dass sich jemand gestützt darauf erfolgreich ein Durchleitungsrecht (den sog. «Netzzugang») erstreitet. Idealerweise sorgt man also nicht nur aus rechtsstaatlicher Sicht für eine stringente Anschluss-, Versorgungs- aber

auch Entgeltregulierung, sondern auch mit Blick auf die Investitionssicherheit.⁵⁰

Selbst wenn aber das KG greifen würde, bliebe eine weitere Herausforderung. Anders als beim Strom, der als Energieträger ein standardisiertes Produkt ist, wäre der Netzzugang bei thermischen Netzen in der Umsetzung deutlich anspruchsvoller. Im Fall von Anergienetzen, bei denen Grund- oder Seewasser zum Einsatz kommt, dürfte sich die Frage des Netzzugangs Dritter ohnehin erübrigen. Der Gedanke an eine Mitbewerberin, die ebenfalls (das gleiche See- oder Grundwasser wie ihre Konkurrentin) über das thermische Netz zu den Verbrauchsstätten liefern möchte, ist zumindest nicht gerade naheliegend. Die Frage des Netzzugangs dürfte sich wohl in erster Linie bei *Fernwärmenetzen*, also strukturellen thermischen Netzen, stellen, die mit (relativ) heissem Wasser oder Dampf operieren. Hier besteht hingegen die Herausforderung, dass – anders als beim Strom – jedes Netz andere Anforderungen stellt (z.B. an Druck, Temperatur oder Qualität des Trägermediums). Das Problem dabei dürfte zudem auch sein, dass die Infrastruktur, mit einschliessend der Anlage, in welcher das Transportmedium auf Temperatur gebracht wird, ohnehin auf eine bestimmte, limitierte Anzahl Abnehmer ausgelegt ist.⁵¹ Auch hier ist die Ausgangslage beim Strom eine andere: Die Stromnetze sind über den ganzen Kontinent hinweg miteinander verbunden – es können grundsätzlich überall neue Kraftwerke oder Verbrauchsstätten hinzukommen, ohne dass deswegen das ganze System in Frage gestellt würde.

Schliesslich ist hier auf das bereits erwähnte Urteil des Bundesgerichts⁵² zurückzukommen, in welchem es über eine Anschlusspflicht im Kanton Wallis (Monthey) zu befinden hatte. Bemerkenswert ist dabei u.a., dass es den Schluss zieht, es liege eine Konstellation vor, in welcher Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG greife, womit das KG nicht zur Anwendung kommt.⁵³ Gleichzeitig prüft es aber die (umstrittene) Rechtmässigkeit des Monopols bestenfalls nur implizit gemäss seiner zu Art. 94 BV und Art. 27 BV entwickelten Praxis. Art. 94 BV erwähnt es an keiner Stelle. Dagegen scheint es die Tragweite des Eingriffs zu relativieren, wenn es sinngemäss schreibt, die Sachlage wäre eine andere, hätte sie die fragliche Energie zu ökologisch und ökonomisch gleichen Bedingungen liefern können wie die Begünstigte.⁵⁴ Mit Blick auf die Aussage, dass

⁴⁷ Vgl. GRAND CONSEIL (FN 10), 27.

⁴⁸ Vgl. dazu BSK KG-SCHOTT, Art. 3 Abs. 1 N 12 ff., in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2022 (zit. BSK KG-Verfasser); NICOLAS F. DIEBOLD in: Sebastian Heselhaus/Markus Schreiber (Hrsg.), Kartell- und Stromversorgungsrecht – Dogmatik zur Abgrenzung zwei verwandter Rechtsgebiete, Energierechtstagung 2019, 39 ff., N 36 ff.; BGE 141 II 66 E. 2.3 f.; vgl. auch BGE 129 II 497 E. 5.4.8.

⁴⁹ DIEBOLD (FN 48), N 37 f.; vgl. dazu auch HESELHAUS/SCHREIBER (FN 19), N 42 f.

⁵⁰ Vgl. BSK KG-SCHOTT (FN 48), Art. 3 Abs. 1 N 7.

⁵¹ So auch die Überlegungen von HESELHAUS/SCHREIBER (FN 19), N 47.

⁵² BGer, 1C_441/2011, 9.3.2012 (erwähnt in FN 40).

⁵³ BGer, 1C_441/2011, 9.3.2012, E. 7.2 in fine.

⁵⁴ BGer, 1C_441/2011, 9.3.2012, E. 5.2.

das KG aber keine Anwendung findet, wird das Bundesgericht damit wohl nicht gesagt haben wollen, dass ein Anspruch auf Netzzugang bestehen würde, sofern die Beschwerdeführerin gemäss den gleichen qualitativen Anforderungen wie die Begünstigte liefert. Zuletzt kann es sich das Bundesgericht nicht verkneifen, der Beschwerdeführerin unter die Nase zu reiben, dass sie ja selbst über eine Monopolstellung bei der Gasversorgung verfüge.⁵⁵ Das Urteil wirkt in mancherlei Hinsicht etwas befremdlich – immerhin ist es kein Leitentscheid. Man sollte es deshalb wohl nicht überbewerten.

V. Anwendbares Recht

Die Frage, ob auf die betreffenden Rechtsverhältnisse privates oder öffentliches Recht zur Anwendung gelangt, bereitete im Strombereich nach Inkrafttreten des StromVG⁵⁶ über viele Jahre Kopfzerbrechen.⁵⁷ Im Bereich der thermischen Netze scheint die Ausgangslage doch eine Spur weniger komplex. Als Faustregel wird man sagen können, dass, soweit sich der Staat durch die Schaffung eines Monopols, mit einschliessend eine Lieferpflicht sowie eine Tarifregulierung, in die Verantwortung nimmt, es sich um die Wahrnehmung einer *öffentlichen Aufgabe*⁵⁸ handelt und die betreffenden Rechtsverhältnisse als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sein dürften. An das Vorhandensein einer öffentlichen Aufgabe knüpfen denn in der Regel auch die Verwaltungsverfahrensgesetze an – eine weitere Folge ist die Grundrechtsbindung der Aufgabenträgerin.⁵⁹ Dies wird in erster Linie die strukturellen thermischen Netze betreffen. Die Trägerschaft oder die Rechtsform des mit der Aufgabe betrauten Unternehmens ist in diesem Kontext nicht von Belang, ebenso wenig die Frage, ob z.B. die Umsetzung als Private-Public-Partnership-Projekt erfolgte oder nicht.

Geht es hingegen um nicht-strukturelle thermische Netze, d.h. um Netze kleiner Ausdehnung, die aus privater Eigeninitiative erstellt und betrieben werden, dürfte es sich meist um privatrechtliche Rechtsverhältnisse handeln. Dies aber nicht etwa, weil die Netze eine kleine Ausdehnung haben, sondern weil diesfalls der Staat keine entscheidende Rolle oder Verantwortung innehat, d.h.

die Sache durch ein rechtliches Monopol zu seiner eignen gemacht hat.⁶⁰ Insofern wäre es auch denkbar, dass strukturelle thermische Netze auf dem Boden des Privatrechts betrieben werden – dies dürfte in der Realität allerdings selten der Fall sein. Entscheidend bleibt aber auch hier die Rolle des Staates, womit ggf. im Einzelfall zu klären ist, was gilt. So ist des z.B. denkbar, dass ein staatlich kontrolliertes Unternehmen ein thermisches Netz betreibt, ohne dass dieser Tätigkeit ein rechtliches Monopol zugrunde liegt. In dieser Konstellation wäre es auch denkbar, dass Privatrecht zur Anwendung kommt. Hier stellt sich u.a. auch die Frage, ob (dennoch) ein grundrechtlicher Anspruch auf einen Netzanschluss zwecks eigener Versorgung besteht.⁶¹

Das Ergebnis kann man also vereinfacht gesagt auf die Formel «je rechtliches Monopol, desto öffentliches Recht» reduzieren. Man dürfte also ggf. mit verwaltungsrechtlichen Verträgen zu tun haben. Dies bietet auch Chancen. Insbesondere sollten die Kantone es nicht versäumen, auch die verfahrensrechtliche Komponente zu regeln, namentlich die Kompetenz, Verfügungen zu erlassen.

⁵⁵ BGer, 1C_441/2011, 9.3.2012, E. 7.2.

⁵⁶ Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

⁵⁷ MARTIN FÖHSE, Grundversorgung mit Strom – ein Überblick zu Rechtsverhältnissen und Zuständigkeiten, AJP 2016, 1235 ff., 1245.

⁵⁸ POLTIER (FN 7), N 91.

⁵⁹ FÖHSE (FN 57), 1245.

⁶⁰ Vgl. auch POLTIER (FN 7), N 93.

⁶¹ POLTIER (FN 7), N 93; HESELHAUS/SCHREIBER (FN 19), N 39 ff.