

VSE – Infos und Fakten  
24.02.2020

# Q&A öffentliches Beschaffungsrecht in der Energiebranche

**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:** Mit der Verabschiedung der Revision des öffentlichen Beschaffungsrechts (BöB) durch die eidg. Räte im Juni 2019 und der Anpassung der kantonalen Regelungen, insbesondere der Verabschiedung des interkantonalen Konkordats (IVöB) vom Dezember 2019 wird das Thema auch in der Energiebranche wieder vermehrt diskutiert. Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 12. Februar 2020 im Nachgang zur Revision des BöB die revidierte Verordnung (VöB) verabschiedet. Das revidierte BöB sowie die revidierte VöB treten am 01.01.2021 in Kraft. Mit dem vorliegenden Q&A sollen die relevanten Fragestellungen für die Energiebranche in der Schweiz aufgenommen und anhand konkreter Sachverhalte die beschaffungsrechtliche Relevanz geklärt werden.

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

## **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**):  
<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19940096/index.html>
- auf **Bundesebene** (BöB/VöB):  
<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19940432/index.html>  
<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19950538/index.html>

- 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** (Gemeindegesetzgebung z.B. BE, ZH):

**Stadt Bern:**

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

**Stadt Zürich:**

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

[zuerich.ch/fd/de/index/finanzen/beschaffung.html#reglemente\\_und\\_richtlinien](https://www.stadt-zuerich.ch/fd/de/index/finanzen/beschaffung.html#reglemente_und_richtlinien)

## Stromhandel:

### **Wann kommt das öffentliche Beschaffungsrecht beim Handel mit 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 Verteilnetzbetreiber 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 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.

Fällt eine Strombeschaffung unter das öffentliche Beschaffungsrecht, kann gemäss den geltenden Schwellenwerten Strom für Endkunden im Wert unter 100'000 CHF freihändig und Strom von mehr als 100'000 CHF bis 250'000 CHF im sog. Einladungsverfahren beschafft werden.

Strombeschaffungen von über 250'000 CHF sind öffentlich auszuschreiben. Bei einem Grosshandelspreis von 6 Rp. pro kWh könnte dementsprechend eine Strommenge von bis zu 1.65 GWh ohne öffentliche Ausschreibung beschafft werden.

## **Stromproduktion:**

### **Wie ist die Stromproduktion vom öffentlichen Beschaffungsrecht betroffen?**

Gemäss revidiertem BöB bleibt auch die Stromproduktion von öffentlichen Unternehmen grundsätzlich dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt. 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) wieder aktuell werden.

## **Stromverteilung/Netzbetrieb:**

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

#### **Swissgrid:**

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, die nicht nur ausserhalb des Marktes stattfindet, sondern eine wesentliche Grundlage und Rahmenbedingung 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):**

Die Betreiber der Verteilnetze (VNB; Netzebenen 3 - 7) sind gemäss StromVG dafür verantwortlich, dass die festen Endverbraucher in ihrem Netzgebiet und diejenigen, 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 Endkunden durch VNB besteht kein Wettbewerb. Die Endkunden 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 Endkunden 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.

### **Spezifische Ausnahmen vom Beschaffungsrecht:**

#### **Inhouse Vergabe**

Von einer dem Beschaffungsrecht nicht unterstellten sog. Inhouse-Vergabe ist die Rede, wenn eine grundsätzlich dem Vergaberecht unterstellte Beschaffung hausintern, d.h. innerhalb derselben juristischen Person bzw. Körperschaft getätigt wird. Als Grundsatz gilt, dass dabei die Leistungserbringerin höchstens 20% ihrer Inhouse-Leistungen für Dritte (d.h. also auf dem Markt) erbringen darf.

#### **Quasi Inhouse Vergabe**

Von einer dem Beschaffungsrecht nicht unterstellten sog. Quasi-Inhouse-Vergabe 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). Als Grundsatz gilt, dass dabei die Leistungserbringerin höchstens 20% ihrer Inhouse-Leistungen für Dritte (d.h. auf dem Markt) erbringen darf und keine Privaten an der Unternehmung beteiligt sein dürfen.

### **Fragen betreffend das öffentlichen Beschaffungsrecht in der Energiebranche:**

#### **Müssen die Kantone die Anpassungen des BöB übernehmen und ab wann gilt dies?**

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 werden auf Bundesebene mit der entsprechenden Verordnung (BöB/VöB) auf den 01.01.2021 in Kraft gesetzt.

Die «Fachkonferenz öffentliches Beschaffungswesen FöB» (<https://www.dtap.ch/foeb/ueber-foeb/>) 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 2010 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/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>

### **Sind private Unternehmen auch dem Beschaffungsrecht unterstellt?**

Die Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht gilt auch für private Unternehmungen, soweit es 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 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.

### **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.

## **Sachverhalt 2:**

### **Beschaffung von Strom für den Grundbedarf bei einer Beteiligung (EVU hat z.B. Beteiligung von 10% an AKW)**

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-Vergabe noch als Quasi-Inhouse-Vergabe.

## **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. Eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht kann nicht umgangen werden, indem eine EVU die Beschaffung auslagert.

## **Sachverhalt 4:**

### **EVU beschafft Strom an der Börse**

Die Beschaffung von Strom an der Börse muss nicht ausgeschrieben werden. Die Börse an und für sich stellt ein Instrument des Wettbewerbs dar und stellt sicher, dass der Strompreis unter Marktbedingungen gemäss den Regeln von Angebot und Nachfrage zu Stande kommt. Die Mandatierung dieser Beschaffungsform an einen Dritten untersteht grundsätzlich dem Beschaffungsrecht. In der Regel liegt das Entgelt an den Dritten unterhalb des Schwellenwerts von CHF 250'000.—, welcher eine öffentliche Ausschreibung nach sich zieht. Liegt das Auftragshonorar zwischen CHF 100'000.— und CHF 250'000.—, so muss der Auftrag im sog. «Einladungsverfahren» erteilt werden (d.h. Einholung von mind. 3 Offerten).

## **Sachverhalt 5:**

### **EVU beschafft Strom über einen Partner per OTC**

Ein Handel per OTC dürfte dann einem Börsenhandel gleichgesetzt sein, wenn der Handel anonymisiert über eine Plattform abläuft, ohne dass die potenziellen Vertragspartner wissen, wer hinter dem Angebot bzw. der Nachfrage steht. Das Ziel des Beschaffungsrechts ist, eine Wettbewerbssituation zwischen Angebot und Nachfrage zu schaffen, damit sich ein «Marktpreis» der gehandelten Ware bilden kann. Dies ist nur möglich, wenn für den Nachfrager die Anbieter anonym bleiben.

#### **Auskünfte VSE:**

Jürg Müller, Leiter Recht  
Tel: 062 / 825 25 40 oder 079 / 223 14 69  
Mail: juerg.mueller@strom.ch

#### **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.