

Funktion und Rechtsnatur des Stromliefervertrages im liberalisierten Strommarkt



MICHAEL WALDNER
lic. iur. HSG, Rechtsanwalt,
Dipl. Natw. ETH, Zürich

Inhaltsübersicht

1. Einleitung und Überblick
2. Stromlieferungen im vorliberalisierten Markt
3. Funktionsweise des liberalisierten Marktes
 - 3.1 Überblick
 - 3.2 Systembalancing als separate Marktfunktion
 - 3.3 Das Bilanzgruppensystem des StromVG
4. Überblick über die involvierten Vertragsbeziehungen
 - 4.1 Netzanschluss- und Netznutzungsverträge
 - 4.2 Stromliefervertrag
 - 4.3 Bilanzgruppenvertrag
 - 4.4 Bilanzgruppenanschlussvertrag
5. Funktionen und Elemente des Stromliefervertrages im liberalisierten Markt
 - 5.1 Funktion und charakteristische Elemente des Fahrplan-Liefervertrages
 - 5.1.1 Einigung über die zu liefernde Menge
 - 5.1.2 Fahrpläne begründen Rechte und Pflichten innerhalb des Bilanzgruppen-Systems
 - 5.1.3 Keine physische Lieferpflicht am Ausspeisepunkt
 - 5.1.4 Keine physische Einspeisepflicht
 - 5.1.5 Erfüllungsort: Bilanzgruppe in der Regelzone Schweiz
 - 5.1.6 Physische Ein- und Ausspeisepflichten innerhalb des Bilanzgruppen-Systems
 - 5.2 Sonderfall: Vollversorgung
6. Schlussfolgerungen

1. Einleitung und Überblick

1. Mit dem gestuften Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Stromversorgung¹ per 1. Januar 2008 und 1. Januar 2009 hat der schweizerische Strommarkt eine grundlegende Neuordnung erfahren. Erstmals hat der Bundesgesetzgeber den gesamten Markt einer umfassenden und weitgehend abschliessenden Regulierung unterworfen.

2. Kernelement der neuen Marktordnung ist der gesetzlich verankerte Anspruch der Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von über 100 MWh, ihren Lieferanten frei zu wählen und den Strom zu nicht-diskriminierenden Bedingungen über das Netz des lokalen Netzbetreibers zu beziehen². Weitere wichtige Elemente des StromVG bilden die Vorschriften zur buchhalterischen Entbündelung des Netzbetriebs der Verteilnetzbetreiber von deren übrigen Tätigkeitsbereichen³, die Übertragung des Betriebs des Übertragungsnetzes auf die neu gegründete Schweizerische Netzgesellschaft Swissgrid⁴ sowie die Schaffung eines sektorspezifischen Regulators, der Eidgenössischen Elektrizitätskommission (ElCom)⁵. Schliesslich statuiert das StromVG Grundversorgungspflichten zugunsten der kleinen Endverbraucher⁶, welche derzeit noch an ihren lokalen Verteilnetzbetreiber gebunden sind und erst in einer allfälligen zweiten Marktöffnungsstufe Zugang zum Markt erhalten werden.

3. Diese rechtlichen Entwicklungen werfen auch die Frage nach der Funktion und der Qualifikation des Stromliefervertrages im liberalisierten Markt neu auf. Wurde das privatrechtliche⁷ Stromlieferverhältnis von Rechtsprechung und Lehre im vorliberalisierten Markt mehrheitlich als Kaufvertrag oder kaufähnlicher Vertrag qualifiziert⁸, so ist es fraglich, ob diese Charakterisierung im liberalisierten Markt, in

Der Autor dankt Dr. iur. Stefan Rechsteiner und lic. iur. Felix Kesselring, VISCHER, für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

¹ StromVG, SR 734.7.

² Art. 13 Abs. 1 StromVG.

³ Art. 10 StromVG.

⁴ Art. 18 StromVG.

⁵ Art. 21 f. StromVG.

⁶ Art. 6 Abs. 1 StromVG.

⁷ Privatrechtliche Stromlieferverhältnisse dürften im vorliberalisierten Markt eher die Ausnahme gebildet haben. In der Regel erfolgte die Stromversorgung durch ein öffentlich-rechtliches Elektrizitätswerk auf der Basis eines öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses gegen Bezahlung einer Benutzungsgebühr.

⁸ Vgl. hinten, Rz. 10 f.

dem der Energielieferant nicht mehr zwingend Netzbetreiber ist, weiterhin sachgerecht ist.

4. Der vorliegende Aufsatz geht dieser Frage nach. Der Schwerpunkt liegt dabei jedoch weniger auf einem erneuten juristischen Verortungsversuch, als vielmehr darauf, die Funktionsweise des liberalisierten Marktes darzustellen und daraus Schlussfolgerungen über die wirtschaftliche Funktion des Stromlieferungsvertrags im veränderten Umfeld zu ziehen.

5. Im Zentrum der Betrachtung steht dabei der mittel- oder langfristige privatrechtliche Stromliefervertrag zwischen den marktzugangsberechtigten Grossverbrauchern und den Elektrizitätsunternehmen.

6. Ausgangspunkt bildet ein Überblick über die Funktionsweise der Stromlieferung im vorliberalisierten (Ziff. 2) und im liberalisierten Strommarkt (Ziff. 3). Basierend auf diesem Überblick werden die im Zusammenhang mit der Stromlieferung wesentlichen Vertragsverhältnisse identifiziert und kurz charakterisiert (Ziff. 4). Der Schwerpunkt liegt auf der rechtlichen und wirtschaftlichen Einordnung des Stromlieferungsvertrages im neuen Vertragsgeflecht (Ziff. 5) gefolgt von den Schlussfolgerungen zur rechtlichen Qualifikation des Stromlieferungsvertrages im liberalisierten Markt (Ziff. 6).

2. Stromlieferungen im vorliberalisierten Markt

7. In der Zeit vor der Liberalisierung des Strommarktes verfügten die Betreiber lokaler Verteilnetze in der Regel über rechtlich abgesicherte oder zumindest faktische Versorgungsmonopole⁹. Endverbraucher hatten damit keine andere Wahl, als den Strom vom lokalen Verteilnetzbetreiber zu beziehen. Die auf das Bezugsverhältnis anwendbaren Tarifbedingungen verpflichteten den Verteilnetzbetreiber typischerweise, seinen Endverbrauchern jederzeit die nachgefragte Menge Strom an der Übergabestelle vom Netz physisch verfügbar zu machen. Im Gegenzug für diese Vollversorgung schuldeten die Endverbraucher ein Entgelt in Form eines Tarifs, der sämtliche Kosten des Verteilnetzbetreibers für Energiebeschaffung, Bau und Betrieb des Netzes usw. abdeckte (so genannter «all-in» Tarif).

8. Die Verteilnetzbetreiber beschafften den von ihren Endverbrauchern nachgefragten Strom entweder aus eigenen Kraftwerken (oft Partnerwerke) oder durch Stromlieferverträge mit dem vorgelagerten Kantonswerk oder dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber.

9. Hinsichtlich rechtlicher Qualifikation des Stromlieferungsvertrages entschied das Bundesgericht bereits in einem frühen

Urteil, dass ein Kaufvertrag bzw. ein kaufähnlicher Vertrag vorliege, wenn die Pflicht des Stromlieferanten lediglich darauf gerichtet sei, Strom zuzuleiten und physisch an der Abgabestelle verfügbar zu machen. Dagegen liege ein Werkvertrag vor, wenn das Herbeiführen eines bestimmten Erfolges, etwa die Beleuchtung eines Gebäudes geschuldet sei¹⁰. Die Lehre schloss sich der Qualifikation des lediglich auf Zuführen elektrischer Energie gerichteten Stromlieferungsvertrages als Kaufvertrag mehrheitlich an, wobei ein Teil der neueren Lehre leicht differenziert von einem Sukzessivlieferungskauf auf Abruf und damit von einem kaufähnlichen Innominatkontrakt ausgeht¹¹.

10. Diese Qualifikation stand unter dem Eindruck, dass der Energielieferant stets auch der Betreiber des lokalen Verteilnetzes war und dem Endverbraucher physisches Verfügbarmachen von Strom im Sinne eines Wirtschaftsgutes nach Art. 713 ZGB schuldete¹². Wie im Folgenden gezeigt wird, trifft diese Voraussetzung im liberalisierten Markt nicht mehr immer zu, womit sich auch die Frage nach der Qualifikation des Stromlieferungsvertrages neu stellt.

3. Funktionsweise des liberalisierten Marktes

3.1 Überblick

11. Mit dem Inkrafttreten des StromVG erfuhr die herkömmliche Handelsstruktur grundlegende Änderungen. Die Liberalisierung des Strommarktes basiert auf der Erkenntnis, dass die Belieferung mit Energie einerseits und der Bau und Betrieb von Netzen andererseits zwei unabhängige wirtschaftliche Leistungen darstellen, die von unterschiedlichen Akteuren angeboten werden können. Während elektrische Netze aufgrund der natürlichen Monopoleigenschaft der Netze je Netzgebiet nur von einem einzigen Betreiber effizient gebaut und betrieben werden können, sind Produktion und Handel bzw. Belieferung mit Strom dem Wettbewerb zugängliche Aktivitäten. Voraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb im Bereich des Stromhandels ist allerdings, dass die Marktakteure zu nicht-diskriminierenden Bedingungen Zugang zu den Stromnetzen erhalten.

⁹ Für eine Übersicht vgl. ROLF H. WEBER/BRIGITTA KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2005, 267 ff.

¹⁰ BGE 48 II 366 E. 2, 370 f.; BGE 76 II 103 E. 5, 107.

¹¹ STEFAN RECHSTEINER, Rechtsfragen des liberalisierten Strommarktes in der Schweiz, Diss. Basel, Winterthur 2001, 83; WEBER/KRATZ (FN 9), Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2005, 288 f.; ERWIN RUCK, Schweizerisches Elektrizitätsrecht im Grundriss, Zürich 1964, 108; RICCARDO JAGMETTI, Energierecht, SBVR VII, Basel 2005, Rz. 6411; BRIGITTA KRATZ, Zu den Rechtsbeziehungen der Elektrizitätsunternehmen mit den Endkunden – eine Momentaufnahme nach dem Nein zur EMG-Vorlage, AJP/PJA 2008, 342.

¹² Vgl. BGE 48 II 366 E. 2, 371.

12. Auf diesem Grundprinzip aufbauend greift das StromVG in den Markt ein. Regulatorisches Kernelement des StromVG ist die Einführung eines rTPA-Regimes (regulated third party access). Art. 13 Abs. 1 StromVG verpflichtet die Netzbetreiber, Dritten diskriminierungsfreien Zugang zu ihren Netzen zu gewähren. Das Entgelt für die Nutzung des Netzes (Netznutzungstarif) ist kostenbasiert festzulegen¹³ und zu publizieren¹⁴. Tarife sowie die übrigen Netznutzungsbedingungen können im Streitfall oder von Amtes wegen von der Elektrizitätskommission (ElCom) auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden¹⁵.

13. Ein zweites wichtiges Element sind die Vorschriften zur Entflechtung (Unbundling) der Geschäftsbereiche der Netzbetreiber. Gemäss Art. 10 Abs. 1 StromVG müssen die Verteilnetzbetreiber die Unabhängigkeit des Netzbetriebes sicherstellen. Quersubventionierungen zwischen dem Netzbetrieb und den übrigen Tätigkeitsbereichen (insbesondere dem Stromhandel) sind untersagt. Art. 10 Abs. 3 StromVG schreibt weiter vor, dass die Verteilnetzbetreiber ihre Netzbereiche zumindest buchhalterisch von den übrigen Tätigkeitsbereichen entflechten müssen. Diese Bestimmungen sind zentral, um Missbräuche der Marktmacht, über welche die Netzbetreiber dank ihrer Herrschaft über die Netze oftmals verfügen, zu vermeiden bzw. transparent zu machen. Schliesslich sieht das StromVG vor, dass das Übertragungsnetz nicht mehr von seinen Eigentümern, sondern von einer juristisch unabhängigen Gesellschaft, der nationalen Netzgesellschaft Swissgrid betrieben wird¹⁶.

14. Diese rechtlichen Rahmenbedingungen gestatten es nun beliebigen Marktakteuren (Produzenten, Händler, Lieferanten, Endverbraucher), miteinander Verträge über Stromlieferungen abzuschliessen und den gehandelten Strom zu einem regulierten Netznutzungstarif über das Netz transportieren zu lassen. Stromlieferung einerseits und Bau und Betrieb von Stromnetzen andererseits sind damit im liberalisierten Markt klar voneinander getrennte Tätigkeiten, die idealerweise von unterschiedlichen Akteuren wahrgenommen werden.

3.2 Systembalancing als separate Marktfunktion

15. Zu den Funktionen Energielieferung und Netzbetrieb kommt eine dritte, für die Abwicklung von Stromlieferungen unerlässliche Funktion hinzu: der Lastausgleich oder das «Systembalancing».

16. Aufgrund der fehlenden Speicherbarkeit von Strom müssen sich die Einspeisungen ins und die Ausspeisungen aus dem Netz jederzeit exakt die Waage halten, um unerwünschte Spannungsschwankungen zu vermeiden. Dieser Lastausgleich erfordert, dass der Netzzustand permanent überwacht wird und Ungleichgewichte von Ein- und Ausspeisungen inerten Sekunden durch Zu- oder Abschalten von Kraftwerken (oder Lastquellen) ausgeglichen werden.

17. Im vorliberalisierten Markt wurde diese «Systembalancing» genannte Funktion von den grossen Betreibern des Übertragungsnetzes, den Überlandwerken¹⁷, wahrgenommen, welche als Regelzonenführer die Verantwortung für den Lastausgleich in ihrem Netz- bzw. Versorgungsgebiet übernahmen. Sie überwachten zu diesem Zweck permanent die Spannungsverhältnisse in ihrer Regelzone und glichen Differenzen zwischen Ein- und Ausspeisungen durch Zu- und Abschalten eigener Kraftwerkskapazitäten aus¹⁸. Die durch diesen Lastausgleich verursachten Kosten, insbesondere jene für die Vorhaltung der erforderlichen Reservekapazität, überwälzten die Überlandwerke als Bestandteil ihrer Strompreise oder auf besonderer vertraglicher Grundlage auf die nachgelagerten Verteilnetzbetreiber, welche die entsprechenden Kosten in ihre (all-in) Tarife für Endverbraucher einfließen liessen.

18. Im liberalisierten Markt sollen beliebige Akteure (Produzenten, Händler, Elektrizitätsversorgungsunternehmen aller Stufen, freie Endverbraucher) miteinander Stromliefergeschäfte abwickeln können. Die Mehrzahl dieser Akteure hat in aller Regel technisch keine Möglichkeit, die Einspeisungen dem tatsächlichen Konsum ihrer Strombezüger anzupassen, so dass bei der Abwicklung ihrer Stromliefergeschäfte regelmässig gewisse Differenzen zwischen Ein- und Ausspeisungen entstehen, sei es, weil ein Kraftwerk eines Lieferanten unerwartet ausfällt oder weil der Strombezüger eine andere Menge Strom bezieht, als mit dem Lieferanten vereinbart worden ist. Solche Unausgeglichheiten machen das Systembalancing notwendig und verursachen entsprechende Kosten, die sachgerecht den verantwortlichen Akteuren zuzuordnen sind.

19. Das alte System des Systembalancing durch die Überlandwerke war den Anforderungen des liberalisierten Marktes in organisatorisch-technischer Hinsicht nicht gewachsen. Zudem erschien es mit Blick auf die Entwicklung funktionierender Wettbewerbs problematisch, wenn die zentrale Funktion des Systembalancing von den Überlandwerken, welche selbst bedeutende Wettbewerber im Stromhandel sind, wahrgenommen wird.

20. Vor diesem Hintergrund sieht das StromVG die Übertragung der Netzregulierung und damit des Systembalancing

¹³ Art. 14 Abs. 1 StromVG.

¹⁴ Art. 12 Abs. 1 StromVG.

¹⁵ Art. 22 Abs. 2 StromVG.

¹⁶ Art. 20 Abs. 2 lit. a StromVG.

¹⁷ Damals Atel, BKW, CKW, EGL, EOS, NOK und EWZ.

¹⁸ Vgl. dazu WEBER/KRATZ (FN 9), 223 f.

als eine der Kernaufgaben auf die Swissgrid vor. Während das Systembalancing unter dem alten Regime aus Sicht der Endverbraucher nicht gesondert in Erscheinung trat, sondern ein integraler Bestandteil der all-in Stromlieferverträge bildete, wird es im liberalisierten Markt zu einer separaten dritten Funktion neben der Energielieferung und der Netznutzung.

21. Swissgrid führt zu diesem Zweck das gesamte Schweizerische Übertragungsnetz als eine einzige Regelzone Schweiz. In dieser Funktion überwacht sie laufend Ein- und Ausspeisungen im gesamten Schweizerischen Stromnetz. Sobald Ein- und Ausspeisungen ausser Gleichgewicht geraten, schaltet Swissgrid Kraftwerkskapazitäten zu oder nimmt sie vom Netz und gleicht so die Unausgeglichenheit aus.

22. Da Swissgrid im Unterschied zu den Überlandwerken über keine eigenen Kraftwerkskapazitäten für diese Regulierungsfunktion verfügt, muss sie die entsprechenden Dienstleistungen am Markt einkaufen¹⁹. Swissgrid schliesst zu diesem Zweck Verträge über die Lieferung von positiver und negativer Regelenergie ab. Positive Regelenergie ist vorgehaltene Kraftwerkskapazität, die im Bedarfsfall zugeschaltet, negative Regelenergie Kraftwerkskapazität, die im Bedarfsfall vom Netz genommen werden kann. Je nach Zeitperiode, innert welcher die Regelenergie abrufbar sein muss, wird zwischen Primär-, Sekundär- und Tertiärregelenergie unterschieden²⁰. Die Anbieter von Regelenergie erhalten von Swissgrid eine Entschädigung für die vorgehaltene Leistung sowie für die im Bedarfsfall eingespeiste positive Regelenergie. Umgekehrt bezahlen die Regelenergieanbieter an Swissgrid eine Entschädigung für negative Regelenergie, wenn ihre Kraftwerke im Bedarfsfall vom Netz genommen werden^{21,22}.

3.3 Das Bilanzgruppensystem des StromVG

23. Das Systembalancing verursacht Kosten und – zumindest rechnerisch – Einnahmen (in Form der Entgelte der Regelenergieanbieter für beanspruchte negative Regelenergie). Um Marktverzerrungen zu vermeiden, müssen diese Kosten und Einnahmen in nicht-diskriminierender Weise auf die Marktteilnehmer überwältigt werden, deren Stromlieferungen die Ungleichgewichte verursacht haben.

24. Zu diesem Zweck sieht das StromVG die Schaffung eines Bilanzgruppensystems vor. Eine Bilanzgruppe (BG) ist gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. e der Stromversorgungsverordnung²³ «ein rechtlicher Zusammenschluss von Teilnehmern am Elektrizitätsmarkt, um gegenüber der nationalen Netzgesellschaft eine gemeinsame Mess- und Abrechnungseinheit innerhalb der Regelzone Schweiz zu bilden.» Jede BG wird von einem BG-Verantwortlichen geleitet, welcher mit Swissgrid einen BG-Vertrag abschliesst²⁴ und seine BG gegenüber Swissgrid (im eigenen Namen) vertritt²⁵. Der BG-Vertrag ist standardisiert. Er basiert auf dem von der Branche entwickelten «Balancing Concept Schweiz»²⁶ und besteht aus einem Hauptdokument²⁷ und zusätzlichen Allgemeinen Bilanzgruppenregelungen (ABGR)²⁸ und Technischen Bilanzgruppenvorschriften (TBGV)²⁹.

25. Gemäss Art. 23 Abs. 1 StromVV müssen alle Ein- und Ausspeisepunkte in der Regelzone Schweiz einer Bilanzgruppe zugeordnet sein. Die Verantwortung für die Zuordnung liegt grundsätzlich beim Nutzer des jeweiligen Ein- oder Ausspeisepunktes, d.h. bei den Produzenten für Einspeisepunkte und bei den freien Endverbrauchern für Ausspeisepunkte³⁰. Die Zuordnung erfolgt auf vertraglicher

¹⁹ Art. 22 Abs. 1 StromVV.

²⁰ Primärregelenergie wird innert Sekunden nach Eintritt der Spannungsschwankung, Sekundärregelenergie nach einigen Sekunden bis zu 15 Minuten und Tertiärregelenergie nach 15 Minuten in Anspruch genommen (vgl. SWISSGRID, Überblick Systemdienstleistungen, Version 1.0 vom 12. April 2010, abrufbar unter http://www.swissgrid.ch/power_market/grid_operation/ancillary_services/as_documents/document/D100412_AS-concept_VI00.pdf?set_language=de).

²¹ Die wirtschaftliche Logik hinter dieser Entschädigung durch den Regelenergieanbieter besteht darin, dass dieser während der Dauer der Ausschaltung seines Kraftwerkes keine Energie ins Netz einspeisen muss, um seinen eigenen Produktionsverpflichtungen gegenüber Strombezüglern nachzukommen, wodurch er die variablen Gestehungskosten seiner Produktion einsparen kann.

²² Für eine Übersicht über die Vertragsbedingungen für die Lieferung von Regelenergie vgl. SWISSGRID, Grundlagen Systemdienstleistungsprodukte – Produktebeschreibung gültig ab 28. Juni 2010, Version 5.2, (abrufbar unter http://www.swissgrid.ch/power_market/grid_operation/ancillary_services/as_documents/document/D100610_AS-Products_V5R2.pdf?set_language=de).

²³ Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71).

²⁴ Art. 23 Abs. 4 StromVV.

²⁵ Art. 23 Abs. 3 StromVV.

²⁶ VERBAND SCHWEIZERISCHER ELEKTRIZITÄTSUNTERNEHMEN (VSE), Balancing Concept Schweiz, BC-CH Ausgabe 2006, abrufbar unter http://www.strom.ch/uploads/media/BC_CH_02.pdf (nachfolgend BC-CH).

²⁷ SWISSGRID, Bilanzgruppenvertrag, Version 2.0 vom 27. Mai 2009, (abrufbar unter http://www.swissgrid.ch/power_market/legal_system/balance_group/list/D090527_Price-list_BG.pdf/de).

²⁸ SWISSGRID, Allgemeine Bilanzgruppenregelungen Version 1.2 vom 1. Juli 2010, (abrufbar unter http://www.swissgrid.ch/power_market/legal_system/balance_group/list/D100528_general-balance-group-regulations_v1-2.pdf/de).

²⁹ SWISSGRID, Technische Bilanzgruppenvorschriften Version 1.0 vom 5. August 2008, (abrufbar unter http://www.swissgrid.ch/power_market/legal_system/balance_group/list/D100528_technical-balance-group-regulation_v1-2.pdf/de).

³⁰ MICHAEL WALDNER/STEFAN RECHSTEINER, Erste Erfahrungen mit dem Bilanzgruppensystem des StromVG, VSE-Bulletin 1/2010, 21.

Basis durch den Abschluss eines BG-Anschlussvertrages mit einem BG-Verantwortlichen³¹. Neben den Nutzern von Ein- und Ausspeisepunkten müssen sich auch Händler, die über keine eigenen Ein- oder Ausspeisepunkte verfügen, einer Bilanzgruppe anschliessen, um am Stromhandel teilnehmen zu können.

26. Der Kern des BG-Systems ist die Pflicht bzw. das Recht des BG-Verantwortlichen, Swissgrid jeweils vor dem eigentlichen Lieferzeitpunkt Fahrpläne über die geplanten Stromlieferungen zwischen Mitgliedern seiner Bilanzgruppe und den Mitgliedern anderer Bilanzgruppen zu übermitteln³². Ein Fahrplan ist eine Saldo-Zahlenreihe, welche in 15-Minuten Schritten die vereinbarten Lieferungen bzw. Bezüge elektrischer Energie zwischen Mitgliedern zweier Bilanzgruppen in Form von Leistungsmittelwerten abbildet. Um solche Fahrpläne erstellen zu können, ist der BG-Verantwortliche darauf angewiesen, dass er seinerseits von den Mitgliedern seiner Bilanzgruppe Informationen über deren vereinbarte Bezüge und Lieferungen erhält. Die Subbilanzgruppenverträge verpflichten daher die BG-Mitglieder typischerweise, dem BG-Verantwortlichen solche Fahrpläne über die mit anderen Marktteilnehmern vereinbarten Stromlieferungen und -bezüge im Voraus mitzuteilen. Der BG-Verantwortliche addiert die Fahrpläne seiner BG-Mitglieder zu Summenfahrplänen auf, die er unter Angabe der Ziel-Bilanzgruppe an Swissgrid weiterleitet. Je nachdem, ob die Mitglieder seiner Bilanzgruppe in der Summe Strom an eine andere Bilanzgruppe zu liefern oder von ihr Strom zu beziehen beabsichtigen, handelt es sich dabei um einen Export- oder um einen Importfahrplan.

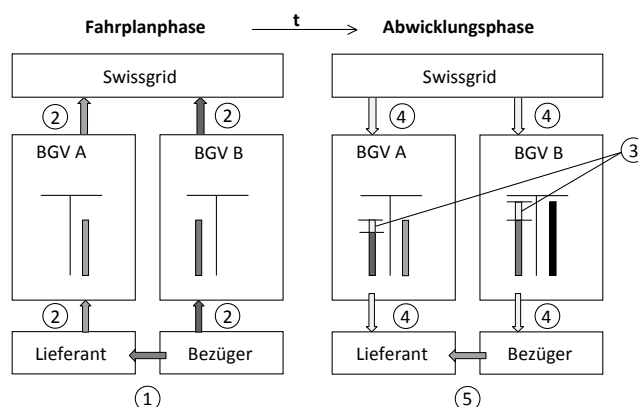
27. Wenn alle Marktteilnehmer ihre geplanten Lieferungen bzw. Bezüge korrekt gemeldet haben, entspricht jedem Exportfahrplan eines BG-Verantwortlichen ein korrespondierender Importfahrplan eines anderen BG-Verantwortlichen. Ist dies ausnahmsweise nicht der Fall und können die Import- und Exportfahrpläne nicht bereinigt werden, so gelangen die Differenzregeln des BG-Vertrages zur Anwendung. Diese sehen vor, dass im Falle von Differenzen der jeweils betragsmässig kleinere Fahrplanwert gegenüber Swissgrid verbindlich ist³³.

28. Auf die Fahrplanerstellung folgt der Lieferzeitpunkt, d.h. der Zeitpunkt, in welchem der zu liefernde Strom von Erzeugern eingespeist und von Endverbrauchern vom Netz bezogen wird. Die effektiven Energieflüsse an den

Ein- und Ausspeisepunkten werden von den Netzbetreibern gemessen und die Messdaten an Swissgrid weitergeleitet³⁴. Swissgrid summiert für jede BG die geplanten Energieflüsse gemäss den eingereichten Fahrplänen auf und stellt sie den tatsächlich gemessenen Energieflüssen an den der BG zugeordneten Ein- und Ausspeisepunkten gegenüber. Wenn alle Produzenten und alle Endverbraucher exakt die Strommengen bezogen bzw. eingespeist hätten, auf die sie sich vorgängig geeinigt haben, würden in jeder BG die Summe aus Fahrplanlieferungen (Exporte) und tatsächlichen Ausspeisungen einerseits der Summe aus Fahrplanbezügen (Importen) und tatsächlichen Einspeisungen andererseits entsprechen.

29. Wie bereits weiter vorne erwähnt, ergeben sich in der Realität jedoch stets Abweichungen, welche das Systembalancing erforderlich machen. Diese Abweichungen in den Energiebilanzen der einzelnen BG sind der Ansatzpunkt für die Überwälzung der mit dem physischen Systembalancing verbundenen Kosten (und Einnahmen)³⁵.

30. Zu diesem Zweck wendet Swissgrid einen Preismechanismus für so genannte Ausgleichsenergie an. Unter diesem Preismechanismus stellt Swissgrid den BG-Verantwortlichen mit einem Defizit (Import-Fahrpläne + tatsächliche Einspeisungen < Export-Fahrpläne + tatsächliche Ausspeisungen) die Differenzmenge als Ausgleichsenergie in Rechnung. Im Falle eines Überschusses einer BG (Import-Fahrpläne + tatsächliche Einspeisungen > Export-Fahrpläne + tatsächliche Ausspeisungen) stellt Swissgrid dem betreffenden BG-Verantwortlichen eine Gutschrift aus. Die folgende Abbildung stellt die soeben dargestellten Zusammenhänge graphisch dar.



Ablauf einer Fahrplanlieferung: Der Bezüger bestellt die zu liefernde Strommenge beim Lieferanten (1). Lieferant und Bezüger veranlassen je eine der Bestellung entsprechende Fahrplanmeldung an ihre BG-Verantwortlichen; diese leiten die Fahrplanmeldung (summiert mit den Meldungen anderer BG-Mitglieder) an Swissgrid weiter (2). Die tatsächlichen Ein- und Ausspeisungen weichen typischerweise von der Fahrplanmeldung ab (3). Swissgrid stellt im konkreten Beispiel sowohl dem BGV A als auch dem BGV B Ausgleichsenergie in Rechnung (Mindereinspeisung in BG A, Mehrbezug in BG B), diese wälzen die Kosten auf ihre BG-Mitglieder ab (4). Der Bezüger bezahlt dem Lieferanten die bestellte Menge Energie. Jede Partei trägt die auf sie abgewälzten Ausgleichsenergiekosten selbst (5).

³¹ Abweichend davon sind die Einspeisepunkte der Produzenten erneuerbarer Energie nach Art. 7a EnG bzw. Art. 28a StromVG von Gesetzes wegen der BG für erneuerbare Energien oder der BG des lokalen Verteilnetzbetreibers zugeordnet (Art. 25 Abs. 1 StromVV) und die Zuordnungsverantwortung für die Ausspeisepunkte fester Endverbraucher liegt beim Betreiber des lokalen Verteilnetzes (vgl. WALDNER/RECHSTEINER [FN 30] 21). Auf diese Fälle wird in diesem Aufsatz nicht weiter eingegangen.

³² Vgl. Ziff. 4.1 ABGR.

³³ Vgl. Ziff. 8.1 TBGV.

4. Überblick über die involvierten Vertragsbeziehungen

31. Nach dem Überblick über die Funktionsweise des liberalisierten Marktes können zusammenfassend eine Reihe von Vertragsverhältnissen identifiziert werden, welche für die Abwicklung von Stromlieferungen unerlässlich sind.

4.1 Netzanschluss- und Netznutzungsverträge

32. Netzanschluss- und Netznutzungsverträge werden zwischen Endverbrauchern und Netznutzern in Bezug auf Ausspeisepunkte, zwischen Netzbetreibern in Bezug auf Netzverknüpfungspunkte und zwischen Netzbetreibern und Produzenten in Bezug auf Einspeisepunkte geschlossen. Unter Netzanschluss- und Netznutzungsverträgen verpflichten sich die Netzbetreiber, ihr Netz jederzeit technisch einwandfrei zu betreiben, d.h. insbesondere sicherzustellen, dass das Netz jederzeit die gewünschte Menge elektrischer Energie abgeben (Ausspeisepunkte) oder aufnehmen (Einspeisepunkte) kann.

33. Innerhalb der vereinbarten Leistungsgrenzen erwirbt der Netznutzer einen Anspruch, jede beliebige Menge Energie ins Netz ein- oder auszuspeisen. Die Funktion von Netznutzungsverträgen besteht letztlich darin, die von den Netznutzern durch ihre Stromlieferungen verursachten physischen Stromflüsse aufzufangen, wobei zwischen einzelnen Transaktionen und den effektiven Stromflüssen kein direkter Zusammenhang besteht und insbesondere das Handelsvolumen aufgrund von Verschachtelungseffekten um ein Vielfaches höher sein kann, als die physisch messbaren Stromflüsse.

34. Endverbraucher bezahlen für die Netznutzung ein Entgelt in Form eines regulierten Netznutzungstarifs, für Produzenten ist die Netznutzung abgesehen von allfälligen Anschlussgebühren unentgeltlich. Mit dem Netznutzungsentgelt werden im Wesentlichen die Kapitalkosten des Netzes abgegolten. Dagegen stellt das Netznutzungsentgelt keine Entschädigung für den wirtschaftlichen (Nutz-)Wert des Handelsgutes Strom dar. Der Netzbetreiber ist wirtschaftlich

nicht am Strom in seinem Netz berechtigt und er wird für den Verbrauch des von seinem Netz bezogenen Stroms nicht entschädigt.

35. Oft sehen Netznutzungsverträge vor, dass der Nutzer, der von einem Drittlieferanten Strom beziehen will, einen Nachweis über das Vorliegen eines entsprechenden Stromliefervertrages erbringen muss und dass bei Fehlen eines solchen Stromliefervertrages automatisch ein Stromlieferverhältnis zwischen dem Netzbetreiber und dem Nutzer zustande kommt, sobald der Nutzer Strom vom Netz bezieht.

4.2 Stromliefervertrag

36. Stromlieferverträge werden zwischen Produzenten, Händlern, Lieferanten und Endverbrauchern abgeschlossen. Unter dem Stromliefervertrag verspricht der Lieferant dem Bezüger, eine bestimmte Menge Strom verfügbar zu machen. Typischerweise werden minimale und maximale jährliche Bezugsmengen und maximale Leistungswerte vereinbart.

37. Oft verpflichtet der Stromliefervertrag den Bezüger, dem Lieferanten vor dem eigentlichen Lieferzeitpunkt Bestellungen zukommen zu lassen, welche die Grundlage für Fahrplanmeldungen von Bezüger und Lieferant an ihre jeweiligen BG-Verantwortlichen bilden (Fahrplan-Liefervertrag). Der Lieferant übernimmt die Verantwortung für die Einspeisung der bestellten Strommenge und hat im Gegenzug Anspruch auf Bezahlung der bestellten Menge unabhängig vom effektiven Konsum des Bezügers³⁴.

4.3 Bilanzgruppenvertrag

38. BG-Verträge werden zwischen Swissgrid und BG-Verantwortlichen geschlossen. Unter dem BG-Vertrag verpflichtet sich der BG-Verantwortliche, Swissgrid gemäss dem Preismechanismus für Ausgleichsenergie für Defizite seiner Bilanzgruppe (Import-Fahrpläne + tatsächliche Einspeisungen < Export-Fahrpläne + tatsächliche Ausspeisungen) zu entschädigen. Umgekehrt verpflichtet sich Swissgrid, dem BG-Verantwortlichen für Überschüsse seiner BG (Import-Fahrpläne + tatsächliche Einspeisungen > Export-Fahrpläne + tatsächliche Ausspeisungen) eine Gutschrift auszustellen. Wirtschaftlich dient der BG-Vertrag damit der Zuordnung der Kosten (und Erträge) des Systembalancing zwischen dem BG-Verantwortlichen und Swissgrid.

³⁴ Vgl. Art. 8 Abs. 1 StromVV, wonach die Netzbetreiber verpflichtet sind, den Beteiligten die für das Bilanzmanagement erforderlichen Messdaten fristgerecht, einheitlich und diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen. Die Netzbetreiber schliessen zu diesem Zweck einen Vertrag mit Swissgrid ab (vgl. SWISSGRID, Allgemeine Bedingungen für das Messdatenmanagement und die Informationsprozesse, Version 1.0 vom 3. Oktober 2008, abrufbar unter http://www.swissgrid.ch/power_market/legal_system/general_conditions/list/D081104_general-conditions_meter-data_information-process.pdf/de) (nachfolgend «AGB MMIP»).

³⁵ Vgl. Art. 15 Abs. 1 lit. b StromVV.

³⁶ Zu den Besonderheiten des Vollversorgungsvertrages vgl. hinten, Ziff. 5.2.

4.4 Bilanzgruppenanschlussvertrag

39. Unter dem BG-Anschlussvertrag vereinbaren ein BG-Verantwortlicher und ein Marktteilnehmer die Zuordnung eines oder mehrerer Ein- oder Ausspeisepunkte zur Bilanzgruppe des BG-Verantwortlichen. Der Marktteilnehmer wird dadurch zum BG-Mitglied. Die Zuordnung ist die Voraussetzung dafür, dass das BG-Mitglied mit anderen Marktteilnehmern Lieferverträge abschliessen und die vereinbarten Lieferungen über seine Ein- bzw. Ausspeisepunkte physisch abwickeln kann. Die Zuordnung von Ein- und Ausspeisepunkten zu einer bestimmten BG bewirkt, dass der BG-Verantwortliche gegenüber Swissgrid für Unausgeglichheiten an diesen Punkten verantwortlich wird, d.h. entweder ein Entgelt schuldet oder eine Gutschrift von Swissgrid erhält. Die Übernahme des Ausgleichsenergieerisikos im eigenen Namen und auf eigene Rechnung für die zugeordneten Ein- und Ausspeisepunkte stellt die Hauptleistung des BG-Verantwortlichen unter dem BG-Anschlussvertrag dar³⁷. Der BG-Verantwortliche wird dieses Risiko im BG-Vertrag auf die BG-Mitglieder zurücküberwälzen. Zu diesem Zweck verpflichtet der BG-Anschlussvertrag das BG-Mitglied, dem BG-Verantwortlichen Fahrpläne über die mit anderen Marktteilnehmern vereinbarten Stromlieferungen (= Bestellungen) zu übermitteln. Und so wie der BG-Verantwortliche je nach Energiebilanz seiner Bilanzgruppe von Swissgrid Ausgleichsenergie in Rechnung gestellt bekommt oder eine Gutschrift erhält, wird der BG-Verantwortliche dem BG-Mitglied für Abweichungen zwischen seinen Fahrplänen und den tatsächlichen Ein- bzw. Ausspeisungen Kosten weiterverrechnen oder eine Gutschrift ausstellen.

5. Funktionen und Elemente des Stromliefervertrages im liberalisierten Markt

40. Nach diesem Überblick über die involvierten Parteien und ihre Vertragsverhältnisse soll im Folgenden die Funktion des Stromliefervertrages genauer untersucht und die Frage beantwortet werden, welche Risiken der Stromlieferant typischerweise zu übernehmen bereit ist.

41. Dabei wird zunächst auf den Normalfall eines Stromliefervertrages mit einer Bestellpflicht des Bezügers (Fahrplan-Lieferung) und danach auf den Sonderfall des Vollversorgungsvertrages eingegangen.

5.1 Funktion und charakteristische Elemente des Fahrplan-Liefervertrages

5.1.1 Einigung über die zu liefernde Menge

42. Im liberalisierten Markt können grundsätzlich beliebige Marktteilnehmer miteinander Stromhandelsgeschäfte abschliessen. Eine physische Beziehung, wie sie im vorliberalisierten Markt zwischen Lieferant und Bezüger in der Form des Netzanschlusses typischerweise vorlag, existiert im liberalisierten Markt in der Regel nicht. Der Lieferant hat in technischer Hinsicht weder die Möglichkeit, den tatsächlichen Verbrauch des Bezügers nachzuverfolgen, noch seine Einspeisung diesem Konsum zeitlich synchron anzupassen.

43. Mangels Kontrolle über den tatsächlichen Verbrauch des Bezügers wird sich der Lieferant nur zur Lieferung einer im Voraus festgelegten Strommenge verpflichten wollen. Diese Menge kann bereits im Stromliefervertrag für den gesamten Vertragszeitraum vereinbart werden (z.B. als eine konstante Bandstromlieferung). Ebenso ist es möglich, dass die zu liefernde Menge kurzfristig auf den voraussichtlichen Verbrauch des Bezügers ausgerichtet werden soll. Da der Bezüger diesen Bedarf üblicherweise besser einschätzen kann als der Lieferant, verpflichtet der Stromliefervertrag in diesen Fällen den Bezüger, dem Lieferanten im Voraus (z.B. einen Tag vor der Lieferung) eine Bestellung zukommen zu lassen, in der die zu liefernde Menge für jede 1/4-Stunde des Folgetages definiert wird.

44. Der Lieferant wird für die Beschaffung (und Einspeisung) der vom Bezüger bestellten Menge besorgt sein, unabhängig davon, ob dieser den bestellten Strom tatsächlich vom Netz bezieht oder nicht. Der Energieliefervertrag verpflichtet daher den Bezüger regelmässig, den Lieferanten für die bestellte (im Gegensatz zur tatsächlich bezogenen) Menge zu entschädigen.

5.1.2 Fahrpläne begründen Rechte und Pflichten innerhalb des Bilanzgruppen-Systems

45. Die vertraglich fixierte bzw. vom Bezüger kurzfristig bestellte Strommenge bildet die Grundlage für die von Lieferant und Bezüger an ihre BG-Verantwortlichen bzw. an Swissgrid einzureichenden Fahrpläne³⁸.

46. Die Einreichung von Export- und korrespondierenden Import-Fahrplänen nimmt innerhalb des BG-Systems eine zentrale Stellung ein. Mit der Fixierung der Fahrpläne kurz vor dem effektiven Lieferzeitpunkt entstehen unmittelbar vertragliche Ansprüche zwischen den Parteien des Stromliefervertrages und ihren BG-Verantwortlichen bzw. Swissgrid.

³⁷ WALDNER/RECHSTEINER (FN 30), 22.

³⁸ Vgl. vorne, Rz. 27.

47. Der Lieferant übernimmt mit der Einreichung eines Export-Fahrplanes gegenüber seinem BG-Verantwortlichen bzw. gegenüber Swissgrid wirtschaftlich die Verantwortung, für die Einspeisung einer entsprechenden Menge Strom besorgt zu sein. Speist er zu wenig Energie ein, so wird er gemäss den Bedingungen des BG-Anschlussvertrages dem BG-Verantwortlichen oder – wo der Lieferant selbst BG-Verantwortlicher ist – gemäss den Bedingungen des BG-Vertrages der Swissgrid eine Entschädigung für die Differenz (bezogene Ausgleichsenergie) schulden.

48. Umgekehrt verschafft die Einreichung des Export-Fahrplanes und eines korrespondierenden Import-Fahrplanes dem Bezüger innerhalb des BG-Systems neue Ansprüche. Vorab erwirbt er durch die Fahrplaneinreichung unter dem BG-Anschlussvertrag gegenüber seinem BG-Verantwortlichen bzw. – wo er selbst BG-Verantwortlicher ist – unter dem Bilanzgruppen-Vertrag gegenüber Swissgrid einen vertraglichen Anspruch auf Bezug der gemäss Fahrplan ihm zustehenden Strommenge, ohne dass dies Ausgleichsenergiekosten zur Folge hätte. Bezieht der Bezüger eine geringere, als die ihm gemäss Fahrplan zustehende Menge, so erwirbt er im Regelfall einen Anspruch auf eine Gutschrift durch den BG-Verantwortlichen bzw. durch Swissgrid. Nur wenn er mehr Strom als gemäss Fahrplan vorgesehen bezieht, so schuldet er seinem BG-Verantwortlichen bzw. Swissgrid eine Entschädigung für die bezogene Ausgleichsenergie.

49. Mit der frist- und formgerechten Einreichung eines Fahrplanes entstehen somit innerhalb des BG-Systems jene vertraglichen Rechte und Pflichten, auf die der Energieliefervertrag aus Sicht der Parteien gerichtet ist: Die bestellte Menge wird dem Bezüger innerhalb des BG-Systems abrechnungstechnisch zugerechnet. Er kann sie an einem beliebigen Ausspeisepunkt in der Regelzone Schweiz physisch vom Netz beziehen, ohne dadurch Ansprüche Dritter (Swissgrid, BG-Verantwortlicher oder Netzbetreiber) gewärtigen zu müssen. Die Einreichung eines der Bestellung entsprechenden Export-Fahrplanes stellt damit die eigentliche Erfüllungshandlung des Lieferanten dar.

50. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist dagegen weder das physische Verfügbarmachen elektrischer Energie an einem bestimmten Ausspeisepunkt noch das Einspeisen physischer Energie für die Erfüllung des Stromliefervertrages erforderlich.

5.1.3 Keine physische Lieferpflicht am Ausspeisepunkt

51. Im vorliberalisierten Markt vereinbarten Lieferant und Bezüger regelmässig physische Lieferung von Strom an der Übergangsstelle vom Netz des Lieferanten zu den Anlagen des Bezügers (physischer Ausspeisepunkt). Eine solche physische Lieferpflicht ist der Natur des liberalisierten Liefervertrages in seiner Reinform fremd.

52. Die Verantwortung für die technische Funktionsfähigkeit der Netze liegt unter dem StromVG von Gesetzes wegen bei Swissgrid und den nachgelagerten Netzbetreibern. Der Lieferant hat in der Regel keinen Einfluss auf den Netzbetrieb. Selbst wenn er die vertraglich vereinbarte Strommenge ins Netz einspeist, bedeutet dies noch nicht, dass am Ausspeisepunkt des Bezügers auf Abruf Strom fliesst.

53. Das jederzeitige physische Verfügbarmachen von Strom ist vielmehr Gegenstand von Netzanschluss- und Netznutzungsverträgen zwischen Netzbetreibern und Netznutzern. Netzanschluss- und Netznutzungsvertrag vermitteln dem Bezüger gegen den Netzbetreiber einen vertraglichen Anspruch darauf, dass er zu einem beliebigen Zeitpunkt eine beliebige Menge Strom³⁹ in der technisch erforderlichen Qualität physisch vom Netz beziehen kann. Die dem Netzbetreiber für den Bau und Betrieb seines Netzes entstehenden Kosten werden durch das Netznutzungsentgelt entschädigt.

54. Indessen ist zu beachten, dass dieses uneingeschränkte physische Nutzungs- bzw. Strombezugsrecht des Netznutzers voraussetzt, dass dieser über einen gültigen Stromliefervertrag mit einem Lieferanten verfügt. Ist dies nicht der Fall und bezieht der Netznutzer Strom vom Netz, der (mangels Lieferant) ersatzmässig von Swissgrid in Form von Regelernergie ins Netz eingespeist werden muss, so läuft der Netzbetreiber Gefahr, von Swissgrid für diese Kosten in Anspruch genommen zu werden⁴⁰. Netznutzungsverträge sehen daher häufig vor, dass bei Strombezug ohne Vorliegen eines Stromliefervertrages automatisch ein Strombezugsverhältnis mit dem Netzbetreiber zustande kommt⁴¹. Der Netzbetreiber verschafft sich dadurch eine vertragliche Grundlage, um allfällige ihm entstehende Kosten auf den Netznutzer zu überwälzen.

³⁹ Wobei die Menge Strom durch die im Netzanschluss- bzw. Netznutzungsvertrag festgelegte maximale Leistung begrenzt ist.

⁴⁰ Handelt es sich beim Netznutzer um einen freien Endverbraucher, der von seinem Recht auf Netzzugang Gebrauch gemacht hat, besteht weder eine Grundversorgungspflicht des Netzbetreibers (vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG) noch eine gesetzliche Zuordnung des Netznutzers zur BG des Netzbetreibers (vgl. WALDNER/RECHSTEINER [FN 30], 21). Indessen könnte sich aus Ziff. 4.2 der Allgemeinen Bedingungen über das Messdatenmanagement und die Informationsprozesse eine vertragliche Grundlage für einen Rückgriff durch Swissgrid auf den Netzbetreiber ergeben. Gemäss dieser Bestimmung hat der Netzbetreiber gegenüber Swissgrid sicherzustellen, dass alle Produktions- und Verbrauchsmesspunkte in seinem Netz einer Bilanzgruppe zugeordnet sind (vgl. AGB MMIP, Fn. 33). Zudem auferlegt auch das vom VSE entwickelte Balancing Concept dem Netzbetreiber die Verantwortung, sicherzustellen, dass alle Messpunkte von Endverbrauchern einer Bilanzgruppe und einem Lieferanten zugeordnet sind (vgl. Ziff. 6.3 BC-CH, Fn. 25).

⁴¹ Vgl. vorne, Rz. 37.

55. Aus Sicht des Lieferanten würde es keinen Sinn machen, dem Bezüger physische Stromlieferung an einem bestimmten Ausspeisepunkt zuzusichern. Denn erstens liegt die Bereitstellung der Netznutzung ausserhalb der Einflussphäre des Lieferanten und zweitens ist die Netznutzung eine vollständig regulierte Dienstleistung, welche sämtlichen Konkurrenten zu denselben Bedingungen zur Verfügung steht. Der Lieferant kann daher durch das Anbieten physischer Lieferung im eigenen Namen keinen Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen Konkurrenten erwirtschaften. Es entspräche daher keiner wirtschaftlichen Logik, unter Beizug des Netzbetreibers als Hilfsperson, physische Lieferung am Ausspeisepunkt anzubieten. Dementsprechend sehen sowohl die StromVV⁴² als auch das Netznutzungsmodell für das Schweizerische Verteilnetz des VSE⁴³ vor, dass Schuldner des Netznutzungsentgelts stets der Endverbraucher ist.

5.1.4 Keine physische Einspeisepflicht

56. Vor dem Hintergrund des Bilanzgruppen-Systems ergibt sich weiter, dass für die Erfüllung des Stromliefervertrages nicht einmal die physische Einspeisung von Strom durch den Lieferanten erforderlich ist. Liegen entsprechende Fahrpläne vor, kann der Bezüger den Strom ohne Ausgleichsenergiefolge vom Netz beziehen, unabhängig davon, ob der Lieferant für die Einspeisung besorgt ist oder nicht. Swissgrid ist sowohl gesetzlich als auch vertraglich (aufgrund der BG-Verträge) verpflichtet, jegliche Fehlmenge zwischen Einspeisungen und Ausspeisungen durch die Einspeisung von Regelenergie zu kompensieren. Fällt z.B. ein Kraftwerk des Lieferanten aus, so wird eine allfällige Fehlmenge physisch als Regelenergie von Swissgrid ins Netzwerk eingespeist und dem Lieferanten über den Ausgleichsenergiemechanismus in Rechnung gestellt. Der Bezüger wird von diesem Vorgang keine Kenntnis erlangen. Die Tatsache, dass der Lieferant die bestellte Menge nicht eingespeist hat, stellt keine Vertragsverletzung dar.

5.1.5 Erfüllungsort: Bilanzgruppe in der Regelzone Schweiz

57. Weder physische Einspeisung noch physisches Verfügbarmachen von Strom am Ausspeisepunkt durch den Lieferanten sind für die Erfüllung des Vertragszwecks des Stromliefervertrages erforderlich. Erfüllungsort des Stromliefervertrages ist damit nicht ein physischer Messpunkt, sondern eine von den Parteien zu vereinbarende BG in der Regelzone Schweiz. Erfüllungshandlung ist nicht die Übergabe von physischem Strom, sondern die Einreichung eines der

vereinbarten Strommenge entsprechenden Export-Fahrplanes zugunsten des Bezügers.

58. Der Verzicht auf die Festlegung eines bestimmten Messpunktes als Erfüllungsort und die Wahl des Erfüllungsortes Regelzone Schweiz bringt einen erheblichen Vorteil mit sich. Einen gültigen Netznutzungsvertrag vorausgesetzt kann der Bezüger die ihm aufgrund der Fahrplanmeldung des Lieferanten im BG-System zugeschriebene Menge Strom an einem beliebigen Ausspeisepunkt in der Regelzone Schweiz physisch vom Netz beziehen. Alternativ kann er die entsprechende Menge mittels einer weiteren Fahrplanmeldung einem anderen Marktteilnehmer gutschreiben lassen. Die Regelzone Schweiz erfüllt damit die Funktion eines virtuellen, rein abrechnungstechnischen Handelspunkts, an welchem die Marktakteure pfadunabhängige Stromhandelsgeschäfte miteinander abwickeln können. Von physischen Stromflüssen und Erfüllungsorten entkoppelt, wird die Handelbarkeit der Ware Strom dadurch soweit erhöht, dass Strom an Börsen auf der Basis von Spotgeschäften gehandelt werden kann.

5.1.6 Physische Ein- und Ausspeisepflichten innerhalb des Bilanzgruppen-Systems

59. Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass Lieferant und Bezüger einander keine physische Ein- oder Ausspeisung von Strom schulden. Indessen sind Lieferant und Bezüger gegenüber ihren BG-Verantwortlichen bzw. gegenüber Swissgrid verpflichtet, ihre Stromkonten so ausgeglichen wie möglich zu halten.

60. Gemäss Ziff. 5.2 des standardisierten BG-Vertrages sind die BG-Verantwortlichen gegenüber Swissgrid verantwortlich, die Leistungsbilanz ihrer Bilanzgruppe jederzeit möglichst ausgeglichen zu halten. Weist also beispielsweise eine BG nach der Fahrplanerstellungphase ein Defizit aus, so ist der BG-Verantwortliche Swissgrid gegenüber verpflichtet, möglichst für die physische Einspeisung der Differenz ins Netz zu sorgen.

61. Die von Swissgrid eingespeiste Regelenergie dient somit lediglich der Aufrechterhaltung der Systemsicherheit und ist keine disponible Grösse des BG-Verantwortlichen zur Bewirtschaftung seiner Bilanzgruppe. Bei systematischem Verstoß gegen die Ausgeglichenheitspflicht kann Swissgrid dem BG-Verantwortlichen eine Poenale in bis zu fünffacher Höhe des gemäss Ausgleichsenergieabrechnung verrechneten bzw. gutgeschriebenen Betrages in Rechnung stellen⁴⁴ und im Wiederholungsfall den BG-Vertrag kündigen⁴⁵.

62. Der BG-Verantwortliche wird die Ausgeglichenheitspflicht mittels BG-Anschlussvertrag auf seine BG-Mitglieder überbinden. Physische Einspeisung und physische Aus-

⁴² Art. 9 StromVV.

⁴³ Vgl. VERBAND SCHWEIZERISCHER ELEKTRIZITÄTSUNTERNEHMEN, Netznutzungsmodell für das Schweizerische Verteilnetz, NNMV-CH Ausgabe 2009, Ziff. 2.3.2.

⁴⁴ Ziff. 5.2 ABGR.

⁴⁵ Ziff. 11.2 BG-Vertrag.

speisung bilden damit Gegenstand vertraglicher Pflichten von Lieferant und Bezüger gegenüber ihrem jeweiligen BG-Verantwortlichen bzw., falls sie selbst BG-Verantwortliche sind, gegenüber Swissgrid. Im Verhältnis zwischen Lieferant und Bezüger wäre dagegen ein Vertragsverstoss erst dann anzunehmen, wenn der Lieferant oder der Bezüger wegen schuldhaften Verstosses gegen die Ausgeglichenheitspflicht aus dem BG-System ausgeschlossen würde, so dass die weitere Erfüllung des Stromlieferungsvertrages verunmöglicht wäre.

5.2 Sonderfall: Vollversorgung

63. In der soeben dargestellten Fahrplanlieferung, der «Reinform» des liberalisierten Stromlieferungsvertrages, trägt der Bezüger das ausspeisebezogene Ausgleichsenergieisiko, d.h. das Risiko einer Abweichung zwischen der vertraglich fixierten (bzw. bestellten) Liefermenge und seinem tatsächlichen Bezug. Er trägt mit anderen Worten das Risiko, dass er seinen Bezug falsch prognostiziert und im Falle eines Mehrbezugs gegenüber der Fahrplanmeldung neben dem Entgelt an den Lieferanten auch noch ein Entgelt an Swissgrid bzw. an seinen BG-Verantwortlichen für positive Ausgleichsenergie bezahlen muss. Im Falle eines Minderbezuges läuft er Gefahr, dass die von seinem BG-Verantwortlichen bzw. von Swissgrid erhaltene Gutschrift für negative Ausgleichsenergie kleiner ist als der Strompreis, den er trotz Minderbezugs an seinen Lieferanten bezahlen muss⁴⁶.

64. Viele Bezüger werden dieses Risiko nur ungern tragen. Insbesondere Bezüger mit relativ kleinem Konsum oder mit wenig Erfahrung in der Prognostizierung ihres Bezuges werden es vorziehen, wie im vorliberalisierten Markt jede beliebige Menge Strom zu einem einheitlichen Preis vom Netz beziehen zu können, ohne sich um Prognosen oder um Ausgleichsenergie kümmern zu müssen.

65. Lieferanten dürften in der Regel bereit sein, dem Bezüger in diesen Punkten entgegenzukommen. Vertragstechnisch sind dazu folgende Vereinbarungen erforderlich:

- Der Lieferant verpflichtet sich, dem Bezüger die tatsächlich bezogene Menge Strom zu einem einheitlichen Strompreis in Rechnung zu stellen.
- Der Lieferant übernimmt innerhalb des BG-Systems das Ausgleichsenergieisiko für den Ausspeisepunkt des Bezügers.
- Bestellungen durch den Bezüger sind nicht erforderlich. Oft werden die Parteien jedoch vereinbaren, dass der Bezüger den Lieferanten über Unterbrüche infolge von Unterhaltsarbeiten oder Notfällen informiert.

66. Damit die tatsächlich vom Bezüger bezogene Menge Strom abgerechnet werden kann, ist im Vertrag zu definie-

ren, an welcher Messstelle (Ausspeisepunkt) der Bezug erfolgt. Anders als im Fahrplanliefervertrag ist damit im Vollversorgungsvertrag ein Ausspeisepunkt festzulegen, dies jedoch allein zu Abrechnungszwecken und nicht im Sinne eines physischen Erfüllungsortes.

67. Für die Übernahme des Ausgleichsenergieisikos ist es erforderlich, dass der Lieferant innerhalb des Bilanzgruppen-Systems im eigenen Namen die Verantwortung für den Ausspeisepunkt des Bezügers trägt. Dieses Ziel wird erreicht, indem der Lieferant im eigenen Namen einen BG-Anschlussvertrag abschliesst, in welchen er den Ausspeisepunkt des Bezügers miteinbezieht. Einfacher ist die Situation, wenn der Lieferant eine eigene Bilanzgruppe als BG-Verantwortlicher leitet. Bezüger und Lieferant können dann einfach vereinbaren, dass der Ausspeisepunkt des Bezügers der BG des Lieferanten zugeordnet wird. Da die Verantwortung für den Ausspeisepunkt innerhalb des BG-Systems in der Folge beim Lieferanten liegt, werden allfällige ausspeisebezogene Ausgleichsenergieforderungen an den Lieferanten gerichtet.

68. Um die Stromlieferung abzuwickeln, muss der Lieferant selbst Prognosen über den zu erwartenden tatsächlichen Bezug des Bezügers erstellen. Soweit der Lieferant die prognostizierte Menge von einem Vorlieferanten einkauft, muss er sie bei diesem bestellen und einen entsprechenden Importfahrplan an seinen BG-Verantwortlichen bzw. an Swissgrid richten. Deckt er den Bezug aus eigenen Kraftwerken, so muss er diese im Lieferzeitpunkt lediglich entsprechend seiner Bezugsprognose einsetzen. Hat sich der Lieferant mit seiner Prognose getäuscht und eine andere als die tatsächlich bezogene Menge bei einem Drittlieferanten bestellt oder aus eigenen Kraftwerken eingespeist, trägt er die entstehenden Ausgleichsenergiekosten, welche er aufgrund der Vereinbarungen im Vollversorgungsvertrag nicht auf den Bezüger überwälzen kann.

69. Für die Übernahme von Ausgleichsenergieisiko und Prognosefunktion wird der Lieferant einen Aufschlag auf den Strompreis verlangen. Der Vollversorgungs-Strompreis wird daher über dem Fahrplan-Strompreis liegen. Aus Sicht des Bezügers wird mit den hier beschriebenen Vereinbarungen eine Risikoverteilung wie unter einem Vollversorgungsvertrag im vorliberalisierten Markt resultieren.

6. Schlussfolgerungen

70. Die Funktion des Stromlieferungsvertrages im liberalisierten Markt ist nur vor dem Hintergrund des Bilanzgruppen-Systems und den sich daraus ergebenden vertraglichen Beziehungen zwischen Bezüger, Lieferanten, BG-Verantwortlichen und Swissgrid zu verstehen. Die Ausführungen in diesem Artikel haben gezeigt, dass der Lieferant keine physische Lieferung von Strom schuldet. Die Übergabe von Strom i.S. eines Wirtschaftsgutes gemäss Art. 713 ZGB, wel-

⁴⁶ Vgl. vorne, Rz. 44.

che im vorliberalisierten Markt als vertragstypische Leistung des Stromliefervertrages eine Qualifikation als Kauf oder kaufähnlichen Vertrag rechtfertigte, ist damit im liberalisierten Markt nicht mehr Gegenstand des Stromliefervertrages. Physisches Bereithalten und Verfügbarmachen von Strom ist vielmehr Gegenstand von Netzanschluss- und Netznutzungsverträgen⁴⁷.

71. Auf dieser Erkenntnis aufbauend, qualifiziert ein Teil der neueren Lehre den liberalisierten Stromliefervertrag weiterhin als Kaufvertrag, wobei das Kaufobjekt nicht mehr physischer Strom, sondern ein Strombezugsrecht gegen den Netzbetreiber sei⁴⁸.

72. Tatsächlich ist der liberalisierte Stromliefervertrag darauf gerichtet, den Bezüger in die Lage zu versetzen, die vertraglich vereinbarte Menge Strom an einem beliebigen Ausspeisepunkt vom Netz beziehen zu können, ohne dass Dritte den Bezüger für dessen Bezug in Anspruch nehmen würden. Wie vorne dargelegt wurde, genügt zu diesem Zweck die Einreichung eines Export-Fahrplanes durch den Lieferanten und eines korrespondierenden Import-Fahrplanes durch den Bezüger.

73. Die Fahrplaneinreichung erzeugt unmittelbar vertragliche Wirkungen zwischen dem Lieferanten bzw. dem Bezüger einerseits und den anderen Akteuren des Bilanzgruppen-Systems (den jeweiligen BG-Verantwortlichen bzw. Swissgrid) andererseits. Seitens der Bezüger handelt es sich um einen Anspruch gegen den BG-Verantwortlichen bzw. gegen Swissgrid, die gemäss Fahrplan vom Lieferanten gelieferte Menge Strom vom Netz zu beziehen, ohne dass dadurch unter dem BG-Anschlussvertrag oder dem BG-Vertrag die Ausgleichsenergiekosten in Rechnung gestellt werden, die der Bezüger bei Bezug ohne Fahrplanmeldung schulden würde. Zudem erwirbt der Bezüger mit der Fahrplanmeldung unmittelbar einen vertraglichen Anspruch auf eine Gutschrift durch den BG-Verantwortlichen bzw. durch Swissgrid, falls der tatsächliche Bezug geringer ist, als die gemäss Fahrplan bereitgestellte Menge.

74. Umgekehrt bewirkt die Einreichung korrespondierender Fahrpläne unmittelbar vertragliche Wirkungen zwischen dem Lieferanten und dessen BG-Verantwortlichen bzw. Swissgrid. So erwerben der BG-Verantwortliche bzw. Swissgrid durch die Einreichung eines Export-Fahrplanes einen vertraglichen Anspruch auf Bezahlung von Ausgleichsenergie gegen den Lieferanten, falls dieser weniger als die im Fahrplan gemeldete Menge Strom ins Netz einspeist bzw. von Drittlieferanten beschafft.

75. Man könnte diesen Vorgang, durch den die geschuldete Menge Strom dem Bezüger innerhalb des Bilanzgruppen-Systems gutgeschrieben und dem Lieferanten belastet wird,

zwar als Verschaffung eines Strombezugsrechtes beschreiben; ein Strombezugsrecht, das sich allerdings gegen die Akteure des BG-Systems, den BG-Verantwortlichen des Bezügers bzw. gegen Swissgrid richten würde und nicht gegen den lokalen Netzbetreiber am Anschlusspunkt des Bezügers⁴⁹.

76. Indessen mangelt es diesem «Verschaffungsvorgang» bei genauer Betrachtung an einem positiv umschreibbaren, übergabefähigen Objekt. Die Erfüllung der Lieferpflicht mittels Fahrplanübermittlung äussert sich vertragstechnisch aus Sicht des Bezügers im Fehlen finanzieller Ansprüche des BG-Verantwortlichen bzw. von Swissgrid, welche diese bei Bezug von Strom ohne Fahrplanübermittlung gegenüber dem Bezüger geltend machen könnten. Die entsprechenden vertraglichen Ansprüche entstehen unmittelbar mit der Fahrplaneinreichung; eine Übergabe eines zunächst dem Lieferanten und danach dem Bezüger zustehenden Strombezugsrechts findet nicht statt.

77. In Ermangelung der Übergabe eines vertraglich positiv umschriebenen Rechts fehlt es dem Stromliefervertrag an einem Element, welches für den Kauf essentiell ist. Eine Qualifikation des liberalisierten Stromliefervertrages als Kaufvertrag erscheint damit fraglich. Ebenso fraglich ist es, ob der Stromliefervertrag einem anderen Nominatvertragstyp zuzuordnen ist. So liegt kein erkennbares Werk vor, welches eine Qualifikation als Werkvertrag nahe legen würde und anders als beim Auftrag ist nicht nur sorgfältiges Tätigwerden, sondern die tatsächliche Vornahme wirksamer Fahrplanmeldungen geschuldet. Lieferant und Bezüger sind zudem nicht durch ein besonderes Vertrauensverhältnis miteinander verbunden.

78. Lässt sich der Stromliefervertrag keinem Nominatvertragstyp zuordnen, ist wohl vom Vorliegen eines Vertrages *sui generis* auszugehen. Die Frage der rechtlichen Qualifikation dürfte in der Praxis aufgrund der häufig hohen vertraglichen Regelungsdichte des Stromliefervertrages indessen selten relevant werden. Sollte im Einzelfall dennoch eine Analogie zu einem Nominatvertrag gesucht werden, dürfte der Kaufvertrag nach wie vor am nächsten liegen, wobei der Stromliefervertrag als Vertrag auf Verschaffung vertraglicher

⁴⁷ Vgl. vorne, Rz. 32 ff.

⁴⁸ RECHSTEINER (FN 11), 85 f.; WEBER/KRATZ (FN 9), 290.

⁴⁹ Das physische Bezugsrecht i.S. eines Nutzungsrechts steht dem Bezüger gegen den Netzbetreiber bereits unter dem Netznutzungsvertrag zu. Wo der Netznutzungsvertrag mangels Vorliegen eines Stromliefervertrages mit einem Dritten ein Lieferverhältnis zwischen Netzbetreiber und Netznutzer stipuliert, ist für den ungestörten Strombezug zudem ein Stromliefervertrag sowie die Zuordnung des Ausspeisepunktes des Netznutzers zu einer BG erforderlich. Das Vorliegen eines Stromliefervertrages an sich ist diesfalls hinreichend, um dem Bezüger uneingeschränkten physischen Bezug zu sichern. Die Erfüllung des Stromliefervertrages durch Einreichung von Fahrplänen zugunsten des Bezügers ist dagegen im Verhältnis zum Netzbetreiber irrelevant.

Rechte innerhalb des Bilanzgruppen-Systems zu verstehen wäre.

79. Wie hilfreich die Analogie zum Kaufvertrag in einem konkreten Fall wäre, kann in Frage gestellt werden, da viele der kaufrechtlichen Spezialvorschriften auf den Stromliefervertrag nicht recht passen wollen. Dies trifft namentlich auf die gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen zu. Fragen der Haftung für Sachmängel stellen sich im liberalisierten Markt allenfalls unter dem Netznutzungsvertrag, nicht jedoch bei der Stromlieferung. Ebenso ist ein Rechtsmangel beim Stromliefervertrag nicht vorstellbar. Ein mechanischer Rückgriff auf kaufrechtliche Vorschriften zur Füllung allfälliger Vertragslücken dürfte auf jeden Fall nicht angezeigt sein. Vielmehr ist in jedem Einzelfall mit Blick auf die wirtschaftliche Funktion des Stromliefervertrages innerhalb des BG-Systems nach einer sachgerechten Lösung zu suchen.

Avec l'entrée en vigueur de la LApEl, les gros consommateurs ont désormais la possibilité de s'approvisionner en courant auprès du fournisseur de leur choix. La LApEl attribue également des fonctions essentielles à la société nationale du réseau de transport Swissgrid dans le déroulement de transactions commerciales en matière d'électricité. Ces développements soulèvent la question de la fonction et de la qualification juridique du contrat de fourniture d'électricité. Le présent article étudie le fonctionnement de la livraison d'énergie et le rôle des acteurs impliqués ainsi que les relations contractuelles sur le marché libéralisé. Il démontre que le contrat de fourniture d'électricité n'oblige pas le fournisseur à livrer physiquement de l'énergie électrique. En effet, le fournisseur d'électricité s'exécute en mettant à disposition la quantité d'énergie due sur un plan purement comptable au sein du système de groupes-bilan de la zone de réglage Suisse. L'élément contractuel qui caractérisait le contrat de fourniture d'électricité avant la libéralisation du marché, à savoir la fourniture physique d'électricité à un point de fourniture défini, fait désormais défaut. On peut dès lors se demander si le contrat de fourniture d'électricité peut encore être qualifié de contrat de vente. Toujours est-il que les lacunes du contrat ne devront plus être comblées en se référant machinalement aux règles du contrat de vente, mais au regard de la fonction économique que remplit le contrat de fourniture d'électricité dans le cas d'espèce.

(trad. LT LAWTANK, Berne)