



Vorlage an den Landrat des Kantons Basel-Landschaft

Titel: **Formulierte Gesetzesinitiative "Für sicheren und sauberen Strom - 100% Zukunft ohne Atomkraft"**

Datum: 24. April 2012

Nummer: 2012-119

Bemerkungen: [Verlauf dieses Geschäfts](#)

Links: - [Übersicht Geschäfte des Landrats](#)
 - [Hinweise und Erklärungen zu den Geschäften des Landrats](#)
 - [Landrat / Parlament des Kantons Basel-Landschaft](#)
 - [Homepage des Kantons Basel-Landschaft](#)



2012/119

Kanton Basel-Landschaft

Regierungsrat

Vorlage an den Landrat

Formulierte Gesetzesinitiative "Für sicheren und sauberen Strom - 100% Zukunft ohne Atomkraft"

vom 24. April 2012

1. Ausgangslage

Am 6. September 2011 ist die formulierte Gesetzesinitiative "Für sicheren und sauberen Strom - 100% Zukunft ohne Atomstrom" mit 2091 beglaubigten Unterschriften eingereicht worden. Die Verfügung der Landeskanzlei vom 21. Oktober 2011 über das Zustandekommen der Initiative ist im Amtsblatt vom 27. Oktober 2011 erschienen.

Gemäss § 78a des Gesetzes über die politischen Rechte (GpR, SGS 120) muss der Regierungsrat dem Landrat innert 3 Monaten seit der amtlichen Bekanntgabe des Zustandekommens einer formulierten Initiative (Publikation im Amtsblatt) eine Vorlage zur Rechtsgültigkeit der Initiative unterbreiten.

Mit RRB Nr. 1516 vom 1. November 2011 wurde die Bau- und Umweltschutzdirektion (BUD) als federführende Direktion für die Behandlung der formulierten Gesetzesinitiative bestimmt.

Gemäss § 12a Absatz 2 der Verordnung zum GpR ist die federführende Direktion für die rechtzeitige Unterbreitung aller Anträge zur Behandlung der Initiative zuständig. Sie hat insbesondere folgende Aufgaben:

- a) Sie beauftragt den Rechtsdienst des Regierungsrates mit der Abklärung der Rechtsgültigkeit der Initiative oder stellt dem Regierungsrat nach Anhören des Rechtsdienstes des Regierungsrates Antrag über die Einholung eines externen Gutachtens zu dieser Frage.
- b) Sie erstellt und unterbreitet dem Regierungsrat zuhanden des Landrates die Vorlage zur Rechtsgültigkeit der Initiative.
- c) Sie erstellt und unterbreitet dem Regierungsrat zuhanden des Landrates die Vorlage, worin beantragt wird, der Initiative zuzustimmen oder sie abzulehnen.
- d) Sie erstellt dem Regierungsrat zuhanden des Landrates gegebenenfalls die Vorlage über die Verlängerung oder Unterbrechung der Behandlungsfrist (§ 78a Absatz 3 GpR).
- e) Sie holt die schriftliche Zustimmung der federführenden Gemeinden ein, bevor sie dem Regierungsrat eine Vorlage gemäss Buchstabe d unterbreitet.

Gemäss § 12 a Absatz 3 VO GpR hat der Regierungsrat auf Antrag der Landeskantlei unmittelbar nach Einreichung der formulierten Initiative die Frist für die Erstellung der Vorlage zur Rechtsgültigkeit spätestens auf die Regierungsratsitzung vom 31. Januar 2012 gesetzt.

2. Initiativtext

Das Energiegesetz vom 4. Februar 1991 (SGS 490) wird wie folgt ergänzt:

§ 1a Grundsätze der Stromerzeugung

1 Auf dem Gebiet des Kantons Basel-Landschaft tätige oder tätig werdende Energieversorger streben im Bereich der Elektrizität an, den Absatz vollständig aus erneuerbaren Energien zu decken.

2 Bis im Jahr 2030 stellen die Energieversorger insbesondere durch Beteiligungen und/oder langfristige Lieferverträge sicher, dass mindestens 80% der an die Endkundinnen und Endkunden veräusserten Elektrizität aus erneuerbaren Energien erzeugt wird.

3 Die Energieversorger erstellen Mehrjahrespläne zur Erreichung der vorgegebenen Zielsetzungen.

3. Prüfung der Gesetzesinitiative auf ihre Rechtsgültigkeit

Der Rechtsdienst des Regierungsrates hat auf das Ersuchen der BUD die Frage der Rechtsgültigkeit der Gesetzesinitiative "Für sicheren und sauberen Strom - 100% Zukunft ohne Atomkraft" geprüft und hat in seinem Gutachten vom 6. Januar 2012 als Ergebnis folgendes ausgeführt (S. 10 f.):

7. " Zusammenfassend gelangen wir zum Ergebnis, dass die zu beurteilende Volksinitiative die Erfordernisse der Einheit der Form und der Einheit der Materie erfüllt. Selbst wenn die mit ihr verfolgte Zielsetzung (langfristig vollständige Deckung der im Kanton Basel-Landschaft abgegebenen Elektrizität aus erneuerbaren Energien) als sehr ambitioniert erscheint, ist sie nicht unmöglich im Sinne der Kantonsverfassung und des kantonalen Gesetzes über die politischen Rechte. Das Begehren der Initiantinnen und Initianten steht derzeit nicht im Widerspruch zur übergeordneten Bundesgesetzgebung über die Energie und die Stromversorgung. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass die (zurzeit noch nicht feststehende) definitive Öffnung des Strommarktes zu gewissen Wettbewerbsverzerrungen in unserem Kanton führt. Dieser Makel allein reicht jedoch nicht aus, um die vorliegende Initiative als augenscheinlich und sofort erkennbar rechtswidrig zu qualifizieren. Auch hat im Zweifel das Recht der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger Vorrang, über ein Volksbegehren abzustimmen. Aus diesen Gründen erachten wir die formulierte Gesetzesinitiative "Für sicheren und sauberen Strom - 100% Zukunft ohne Atomkraft" als rechtsgültig. "

Im Gutachten wird darauf hingewiesen, dass die Annahme des Begehrens "rein faktisch zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen kann, indem jene Energielieferanten, die gleichzeitig Netzbetreiber im Kanton Basel-Landschaft sind (wie etwa die EBM), stärkeren Beschränkungen unterworfen wären als andere Energielieferanten. So müssten Gesellschaften von ausserhalb des Kantons Basel-Landschaft, die Elektrizität erzeugen und diese ungehindert in das von hiesigen Gesellschaften betriebene Netz einspeisen dürfen (wie etwa die Axpo AG), anders als die letzteren nicht anstreben, den Absatz vollständig aus erneuerbarer Energie zu decken, wie dies § 1a Absatz

1 des Begehrens verlangt" (S. 9 lit. d des Gutachtens). Wie im Gutachten aber zu Recht dargelegt wird, ist die Entwicklung der Energiegesetzgebung auf Bundesebene zurzeit mit vielen Unwägbarkeiten verbunden, eine heute noch nicht genau absehbare Neuorientierung auf dem Gebiet der Energiewirtschaft wird erforderlich sein, auch auf kantonaler Ebene. Es ist heute schlicht nicht möglich, die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Stromwirtschaft bis 2030, den Zeithorizont der Zielerreichung in der formulierten Initiative, abschätzen zu können. Heute durch die Initiative möglich erscheinende Wettbewerbsverzerrungen können deshalb nicht zur Ungültigkeit der Initiative führen, zumal nur eine augenscheinliche, sofort erkennbare Rechtswidrigkeit zur Ungültigkeit einer Initiative führen kann.

Aufgrund des Gutachtens des Rechtsdienstes des Regierungsrates beantragte der Regierungsrat mit Beschluss vom 24. Januar 2012 dem Landrat, die formulierte Gesetzesinitiative "Für sicheren und sauberen Strom - 100% Zukunft ohne Atomkraft" für rechtsgültig zu erklären (Vorlage [2012/017](#)). Mit Landratbeschluss an der Sitzung vom [9. Februar 2012](#) wurde die Initiative für rechtsgültig erklärt.

4. Inhaltliche Prüfung der Initiative

Für eine inhaltliche Prüfung der Initiative mit Blick auf bundesrechtliche Rahmenbedingungen beauftragte die Bau- und Umweltschutzdirektion, Amt für Umweltschutz und Energie, Herrn Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüeb, Titularprofessor für Schweizerisches und Internationales Umwelt-, Wirtschafts- und Verwaltungsrecht an der Universität Zürich. Herr Prof. Trüeb ist im Anwaltsbüro Walder Wyss Ltd. in Zürich tätig.

Der Auftrag umfasste ein Gutachten zur Klärung der folgenden Fragen:

- Ist eine Umsetzung der Gesetzesinitiative im Kanton Basel-Landschaft im Einklang mit übergeordnetem Verfassungs- und Gesetzesrecht (z.B. Stromversorgungsgesetz) sowie mit dem Völkerrecht rechtlich möglich? Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?
- Können den heute und künftig auf Kantonsgebiet tätigen Energieversorgungsunternehmen Vorgaben in Bezug auf den von ihnen gelieferten Strommix gemacht werden (heute und ab voller Marktöffnung), so dass nur noch bzw. ab 2030 mind. 80% der veräusserten Elektrizität aus erneuerbaren Energien stammt? Kann dies gesetzlich auf Kantons- und/oder Gemeindeebene geregelt werden?

Das Gutachten kommt zusammenfassend zu folgenden Antworten (vergl. Seite 21 vom Kurzgutachten):

- " Die Annahme der Initiative führte letztlich zu einer kantonalen Partitionierung des Marktes und damit zur Verhinderung eines nationalen oder international liberalisierten Strommarktes. Unterschiedliche kantonale Normen zur Herkunft des Stroms wirken wie nicht tarifäre Handelshemmnisse und stellen die Liberalisierungsbemühungen in Frage. Diese Vorschläge stehen den Grundsätzen des Bundesrechts diametral entgegen.
- Soweit der Absatz von Atomstrom an freie Endverbraucher untersagt werden soll, verletzt die Initiative das StromVG sowie die Wirtschaftsfreiheit der EVU. Eine Rechtfertigung anhand überwiegender öffentlicher Interessen ist nicht möglich. Ein Absatzverbot verletzte zudem das KEG sowie das EnG. Überdies ergeben sich nicht ohne weiteres lösbare Konflikte mit dem internationalen Handelsrecht sowie dem kantonalen Beschaffungsrecht.

- In einem liberalisierten Strommarkt liegt der Entscheid über die Herkunft des Stroms (soweit diese Herkunft sich überhaupt verlässlich feststellen lässt) beim Endverbraucher. Die Rolle des Staates besteht darin, die Rahmenbedingungen für Produktion, Übertragung, Verteilung und Versorgung mit Strom zu regeln. Auf der Produktionsseite z.B. mit Vorschriften zu Restwassermengen (bei hydraulischen Anlagen) oder zur Reaktorsicherheit (bei Kernanlagen). Darüber legiferiert der Bund abschliessend; den Kantonen stehen diesbezüglich keine Kompetenzen zu. "

Am 18. April 2012 hat der Bunderat über das erste Massnahmepaket für die Energiestrategie 2050 des Bundes die Öffentlichkeit informiert. Darin hält der Bundesrat an der bewährten Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen fest, bei der die Stromversorgung auf eidgenössischer Ebene geregelt wird. Entsprechend hat der Bundesrat auch etliche Massnahmen im Bereich Erneuerbarer Energie, erforderlicher Netzausbau und bei der Finanzierung festgelegt. Die erforderlichen Verfassungs- und Gesetzesanpassungen auf eidgenössischer Ebene werden jetzt erarbeitet und Ende Sommer 2012 in die Vernehmlassung geschickt.

Grundsätzlich unterstützt die Regierung des Kantons Basel-Landschaft die Strategie des Bundes. Die vorliegende Initiative zielt ebenfalls in diese Richtung, ist jedoch aus rechtlichen Gründen nicht umsetzbar.

5. Antrag

Das Gutachten nennt mehrere Gründe, weshalb die vorliegende Initiative nicht bundesrechtskonform ist. Im Vordergrund steht dabei, dass die Initiative überhaupt nicht mit der eidgenössisch normierten Strommarktliberalisierung in Einklang zu bringen ist. Zudem werden die hiesigen Elektrizitätsversorgungsunternehmen, welche die Versorgungssicherheit für den Kanton sicherstellen müssen, gegenüber auswärtigen Versorgern benachteiligt und dadurch deren verfassungsrechtlich garantierte Wirtschaftsfreiheit verletzt.

Angesichts der klaren und nachvollziehbaren Erwägungen und Ergebnisse des Gutachtens von Herrn Prof. Trüeb beantragt der Regierungsrat, die formulierte Gesetzesinitiative "Für sicheren und sauberen Strom - 100% Zukunft ohne Atomkraft" abzulehnen.

Liesta, 24. April 2012

Im Namen des Regierungsrates
der Präsident:

Zwick

der Landschreiber:

Achermann

Beilagen

- Entwurf Landratsbeschluss
- Kurzgutachten von Prof. Dr. Hans Rudolf Trüeb und RA Julia Bhend, WalderWyss, vom 12. April 2012

Landratsbeschluss

über formulierte Gesetzesinitiative "Für sicheren und sauberen Strom - 100% Zukunft ohne Atomkraft"

vom

Der Landrat des Kantons Basel-Landschaft beschliesst:

1. Die Gesetzesinitiative "Für sicheren und sauberen Strom - 100% Zukunft ohne Atomkraft" wird abgelehnt.

Liestal,

Im Namen des Landrates

der Präsident:

der Landschreiber:

Kurzgutachten

an Frau Regierungsrätin Sabine Pegoraro
Herr Dr. Alberto Isenburg
von Prof. Hans Rudolf Trüb und RA Julia Bhend
betrifft **Initiative: Für sicheren und sauberen Strom –
100% Zukunft ohne Atomkraft**
Datum 12. April 2012 HRT / JBH

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage	2
2. Fragen	3
3. Grundlagen des Elektrizitätsrechts	4
3.1. Stromversorgungsgesetz.....	4
3.1.1. Marktöffnung und Marktordnung.....	4
3.1.2. Versorgungssicherheit und Tarife.....	6
3.2. Energiegesetz.....	10
3.3. Kernenergiegesetz.....	12
3.4. Kantonale Restkompetenzen.....	14
4. Internationales Handelsrecht / Stromabkommen mit der EU	15
5. Wirtschaftsfreiheit	17
6. Antworten	21

1. Ausgangslage

- 1 Die Grünen Baselland haben im Februar 2011 eine Volksinitiative „Für sicheren und sauberen Strom – 100% Zukunft ohne Atomkraft“ lanciert. Die Gesetzesinitiative sieht folgenden neuen §1a des kantonalen Energiegesetzes vor:

§1a Grundsätze der Stromerzeugung

1. Auf dem Gebiet des Kantons Basel-Landschaft tätige und tätig werdende Energieversorger streben im Bereich der Elektrizität an, den Absatz vollständig aus erneuerbaren Energien zu decken.

2. Bis im Jahr 2030 stellen die Energieversorger insbesondere durch Beteiligungen und/oder langfristige Lieferverträge sicher, dass mindestens 80% der an die Endkundinnen und Endkunden veräusserten Elektrizität aus erneuerbaren Energien erzeugt wird.

3. Die Energieversorger verfügen über Mehrjahrespläne, um die vorgegebene Zielsetzung zu erreichen.

- 2 Zur Begründung führt das Initiativkomitee aus:

Die aktuelle Energieversorgung des Baselbiets basiert zu 82.8% auf nicht erneuerbaren Energieträgern und umfasst einen erheblichen Anteil Strom aus Atomkraftwerken. Dies obwohl sich der Kanton in seiner Verfassung [§115 KV] gegen die Stromproduktion aus AKWs ausspricht. Das bedeutet zudem, die Versorgung des Baselbiets mit Energie ist weder sicher, noch volkswirtschaftlich optimal und auch nicht umweltgerecht. [...]

Erneuerbare Energien aus Wasser, Sonne, Wind, Biomasse und Erdwärme sind sicher, unendlich verfügbar und hinterlassen keine über Jahrtausende tödlich strahlende Abfälle. Sie sind zudem wettbewerbsfähig und schaffen neue Arbeitsplätze, wie die vom Bundesamt für Energie in Auftrag gegebene Studie von McKinsey & Company "Wettbewerbsfaktor Energie - Chancen für die Schweizer Wirtschaft" zeigt - alleine im Baselbiet könnten bis 2030 3000-4000 neue Arbeitsplätze entstehen.

Ohne politische Massnahmen und Investitionen in diesen Zukunftsmarkt jedoch geht es nicht. Die Grünen nutzen deshalb die politischen Steuerungsinstrumente und lancieren die formulierte Gesetzesinitiative für sicheren und sauberen Strom ohne Atom im Baselbiet.

- 3 Die Initiative ist im Herbst 2011 zustande gekommen. Mit Beschluss vom 24. Januar 2012 hat der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft die Gesetzesinitiative zur Behandlung an den Landrat überwiesen.

2. Fragen

- 4 Im Zusammenhang mit dieser Gesetzesinitiative hat uns die Bau- und Umweltschutzdirektion bzw. das Amt für Umweltschutz und Energie des Kantons Basel-Landschaft um Erstellung eines Kurzgutachtens zu folgenden Fragen gebeten:
- a. Ist eine Umsetzung der Gesetzesinitiative im Kanton Basel-Landschaft im Einklang mit übergeordnetem Verfassungs- und Gesetzesrecht (z.B. Stromversorgungsgesetz) sowie mit dem Völkerrecht rechtlich möglich? Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?
 - b. Können den heute und künftig auf Kantonsgebiet tätigen Energieversorgungsunternehmen Vorgaben in Bezug auf den von ihnen gelieferten Strommix gemacht werden (heute und ab voller Marktöffnung), so dass nur noch bzw. ab 2030 mind. 80% der veräusserten Elektrizität aus erneuerbaren Energien stammt? Kann dies gesetzlich auf Kantons- und/oder Gemeindeebene geregelt werden?
- 5 Die Gesetzesinitiative wirft zahlreiche und komplexe Fragen auf. Der Auftraggeber hat uns daher gebeten, die wichtigsten und für die Debatte der Initiative im Landrat massgebenden Antworten zu den vorgehenden Fragen zu formulieren, ohne notwendigerweise der Vollständigkeit verpflichtet zu sein.

3. Grundlagen des Elektrizitätsrechts

3.1. Stromversorgungsgesetz

6 Aufgrund faktischer Monopole bei der Erzeugung und Ableitung elektrischer Energie und hohem Investitionsbedarf haben sich in der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft vertikal integrierte Monopole mit Beteiligung oder Beherrschung durch den Staat herausgebildet. Gleichzeitig ist der Netzwerkcharakter der Elektrizitätswirtschaft unübersehbar. Aus Sicht des Wettbewerbs (Art. 96 BV) und der effizienten Nutzung müssen diese Netzstrukturen entbündelt und liberalisiert werden.¹

7 Der Bund ist nach Art. 91 Abs. 1 BV zuständig zum Erlass von Vorschriften über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie. Gestützt auf diese Verfassungsnorm sowie seine energie- und wettbewerbspolitischen Kompetenzen hat der Bund 2007 das Stromversorgungsgesetz (StromVG) erlassen.

8 Das StromVG verfolgt zwei Ziele (Art. 1 Abs. 1 StromVG):²

- a. Versorgungssicherheit; und
- b. Wettbewerbsorientierung.

Es regelt die Verteilung und Versorgung (Übertragung, Transport, Lieferung, Versorgung), nicht aber die Produktion oder den Verbrauch von Strom. Durch eine Ausgliederung des Übertragungsnetzes und die Gewährung von Zugangsrechten soll eine Liberalisierung der Netze erreicht werden mit dem Endziel, dass jeder Verbraucher letztlich „seinen“ Lieferanten unter Wettbewerbsbedingungen wählen kann.

3.1.1. Marktöffnung und Marktordnung

9 Das StromVG reguliert den freien Netzzugang sowie die Durchleitungspflichten der Netzbetreiber und sorgt damit für Wettbewerb innerhalb der Netze. Die

¹ Zu allem: SCHAFFHAUSER, in: EHRENZELLER et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl. Zürich etc. 2008, Art. 91 N 6 ff.

² Vgl. dazu im einzelnen WEBER / KRATZ, Stromversorgungsrecht, Bern 2009, § 2 N 8 ff.

Netzbetreiber müssen Dritten diskriminierungsfrei Netzzugang gewähren (Art. 13 Abs. 1 StromVG). Mit dem StromVG wurden kantonale Versorgungsmonopole (Bezugspflichten) mit Bezug auf freie Endverbraucher und Versorgungsunternehmen (z.B. kommunale Elektrizitätsversorgungsunternehmen, sog. EVU) beseitigt.³

- 10 Der Anspruch auf Netznutzung geht in zwei Richtungen und ermöglicht
- a. einerseits freien Endverbrauchern und Stromversorgungsunternehmen, von einem Lieferanten ihrer Wahl Strom zu beziehen, und
 - b. andererseits diesen Lieferanten, Strom in das Netz einzuspeisen.
- 11 Die Liberalisierung des schweizerischen Strommarkts soll in zwei Schritten erfolgen:
- a. Seit 1. Januar 2009 können Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mehr als 100 MWh pro Verbrauchsstätte und EVU vom regulierten Netzzugang profitieren (Art. 6 und 13 StromVG, Art. 11 i.V.m. Art. 32 Abs. 2 StromVV). Die festen Endverbraucher, d.h. jene mit einem Jahresverbrauch unter 100 MWh, haben noch keinen freien Netzzugang (Art. 6 Abs. 6 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 StromVG) und können ihren Stromlieferanten nicht frei wählen.
 - b. In einem zweiten Liberalisierungsschritt sollen frühestens ab 2015⁴ alle Endverbraucher vom Netzzugang profitieren können. Auch nach diesem zweiten Marktöffnungsschritt sollen die heutigen festen Endverbraucher unter dem WAS-Modell⁵ frei entscheiden können, ob sie vom Netzzugang Gebrauch machen oder vom lokalen Verteilnetzbetreiber beliefert werden möchten (Art. 7 StromVG).

³ Botschaft StromVG, BBL 2005 1678.

⁴ Die Einführung der vollen Marktöffnung erfolgt per Bundesbeschluss, der einem fakultativen Referendum untersteht (Art. 7 i.V.m. Art. 34 Abs. 3 StromVG). Wann (und ob überhaupt) dieser zweite Schritt erfolgen soll, ist zurzeit nicht gesichert. Dies hängt einerseits von der laufenden Revision des StromVG ab (die Vernehmlassung ist für Sommer 2012 geplant) und von den laufenden Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU über ein Energieabkommen (vgl. Medienmitteilung BFE vom 14. Dezember 2010, abrufbar unter <http://www.bfe.admin.ch/energie/00588/00589/00644/index.html?lang=de&msg-id=36786>.)

⁵ Als Endverbraucher des sog. Wahlmodells abgesicherte Stromversorgung („WAS-Endverbraucher“) werden nach dem zweiten Liberalisierungsschritt die Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte bezeichnet, die von ihrem Netzzugang keinen Gebrauch machen (Art. 7 Abs. 1 StromVG).

- 12 Aufgrund dieser bundesrechtlichen Regelung kann einem Stromproduzenten oder einem Stromlieferanten der Zugang zum Netz nicht durch ein kantonales oder kommunales Gesetz untersagt werden. EVU dürfen aufgrund des freien Netzzugangs gemäss StromVG von einem Lieferanten ihrer Wahl Strom beziehen (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 lit. d StromVG).
- 13 Aus dem gleichen Grund kann einem EVU *nicht* verboten werden, Strom aus nicht erneuerbaren Quellen zu beziehen und an die freien Endverbraucher zu liefern, wenn dieser Strom nachgefragt wird. Andererseits sieht das StromVG – unter Vorbehalt der Grundversorgung und Versorgungssicherheit (dazu sogleich) – keine Verpflichtungen in Bezug auf den anzubietenden Strommix vor. Mit anderen Worten schränkt das StromVG die EVU in ihrer Entscheidung darüber, woher sie ihren Strom beziehen und aus welchen Energieträgern dieser stammt, nicht grundsätzlich ein, solange die Kardinalprinzipien des StromVG (Versorgungssicherheit und Angemessenheit der Tarife) nicht in Frage gestellt werden.
- 14 Staatliche Vorschriften, welche die anzubietenden Stromprodukte beschränken oder normieren, sind im Rahmen des liberalisierten Strommarktes ein Fremdkörper. Während des ersten Liberalisierungsschrittes bleibt allenfalls im Rahmen der Grundversorgung der festen Endverbraucher (nicht aber im liberalisierten Bereich) ein enger Raum für solche planwirtschaftlichen Instrumente. Spätestens mit der vollen Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes ist es damit vorbei. Gleichbehandlungsgebot und Wettbewerbsneutralität stehen einer Diskriminierung der kantonalen und lokalen EVU gegenüber der ausserkantonalen und ausländischen Konkurrenz entgegen.

3.1.2. Versorgungssicherheit und Tarife

- 15 Art. 5 Abs. 2 StromVG verankert die *Anschlusspflicht*: Netzbetreiber sind verpflichtet, alle Endverbraucher (mit gewissen Einschränkungen) und alle Elektrizitätserzeuger in ihrem Netzgebiet an das Elektrizitätsnetz anzuschliessen. Zugunsten der Endverbraucher mit Grundversorgung⁶ bzw. WAS-Endverbraucher besteht eine *Lieferpflicht* der Verteilnetzbetreiber. Die gewünschte Strommenge muss in der erforderlichen Qualität und zu „angemessenen Tarifen“ geliefert werden.

⁶ Vgl. Definition in Art. 2 Abs. 1 lit. f StromVV: Endverbraucher mit Grundversorgung sind feste Endverbraucher (die im ersten Liberalisierungsschritt noch nicht vom Marktzugang profitieren können) und Endverbraucher, die auf den Netzzugang verzichten (Art. 6 Abs. 1 StromVG).

- 16 Die Bundeskompetenz zum Erlass von Vorschriften über Tarife für den Transport und die Lieferung elektrischer Energie nach Art. 91 Abs. 1 BV besteht unabhängig von der Produktionsart und Herkunft.⁷ Die Grundsätze der Tarifgestaltung sind in Art. 6 (für den ersten Liberalisierungsschritt) bzw. Art. 7 StromVG (für den liberalisierten Strommarkt) festgelegt. Der Elektrizitätstarif ist von den Betreibern der Verteilnetze für die Endverbraucher mit Grundversorgung und die WAS-Endverbraucher mit gleichartiger Verbrauchscharakteristik einheitlich festzulegen.
- 17 Das StromVG reguliert die Preise zwar nicht, postuliert im Rahmen der Grundversorgung aber deren Angemessenheit. Was genau „angemessene Tarife“ nach Art. 6 und 7 StromVG sind, lässt das Gesetz offen. Gemäss Art. 4 Abs. 1 StromVV orientiert sich der Tarifanteil für die Energielieferung an den Gestehungskosten einer effizienten Produktion und an langfristigen Bezugsverträgen des Verteilnetzbetreibers. Überschreiten die Gestehungskosten die Marktpreise, orientiert sich der Tarifanteil an den Marktpreisen.⁸
- 18 Der Bezug auf einen „Marktpreis“ ist im bisher nur teilliberalisierten Elektrizitätsmarkt nicht ganz einfach zu verstehen. Weber und Mannhart halten dafür, dass der Marktpreis in Analogie zu Art. 12 Abs. 1 PüG festzustellen ist.⁹ Negativ ausgedrückt liegt dann kein Marktpreis vor, wenn der Preis auf einem Markt nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs ist. Da im Bereich der Grundversorgung gerade kein Wettbewerb besteht, ist auf Hilfskriterien zurückzugreifen. Neben der Kostenkontrollmethode des Preisüberwachungsrechts ist anhand einer Vergleichsmarktbetrachtung zu erstellen, wie sich der Preis in einem wettbewerblich strukturierten Vergleichsmarkt (mit Marktzutrittsmöglichkeiten) entwickelt hätte.¹⁰
- 19 Die Angemessenheit¹¹ eines Tarifs hängt immer vom konkreten Angebot bzw. von den bestehenden Bezugsverträgen ab, wobei der Marktpreis auf einem hy-

⁷ BIAGGINI, Komm. BV, Zürich 2007, Art. 91 N 4.

⁸ Zu den Gestehungskosten vgl. Weisung 5/2008 der ElCom vom 4. August 2008.

⁹ WEBER / MANNHART, Neues Strompreisrecht Kontrollkriterien und Kontrollmethoden für Elektrizitätstarife sowie Netznutzungstarife und -entgelte., ZBl 2008 453 ff., S. 464.

¹⁰ Ebd., S. 470.

¹¹ „Angemessenheit“ ist als Gegenteil von „Unangemessenheit“ und „Preismissbrauch“ zu verstehen; vgl. dazu und zur Anwendung des Preisüberwachungsgesetzes: WEBER / MANNHART (FN 9), S. 466.

pothetischen Vergleichsmarkt mit Wettbewerbsbedingungen unwirtschaftlichen (bzw. planwirtschaftlichen) Produktions- und Beschaffungskosten eine Grenze setzt. In diesem Rahmen überlässt das Stromversorgungsrecht den Entscheid, *welche* Produkte angeboten werden im Rahmen der weiteren Schranken (insb. soweit dies die Versorgungssicherheit nicht beeinträchtigt)¹² dem Versorgungsunternehmen. Damit ist es nach der vollständigen Marktöffnung vorbei. Dannzumal wird der Entscheid letztinstanzlich beim Endverbraucher liegen – was in einer marktwirtschaftlich gesteuerten Volkswirtschaft nicht überraschen kann.

- 20 Preisvorteile, die seitens der Verteilnetzbetreiber als Folge des freien Netzzugangs erzielt werden, sind an die festen Endverbraucher weiterzugeben (Art. 6 Abs. 5 StromVG). Auch diese Bestimmung, die bisher noch keine überragende Bedeutung erlangt hat, zeigt die Stossrichtung des Gesetzes: Netzzugang und Durchleitungsrechte sind kein Selbstzweck, sondern stehen letztlich im Dienst der Markteffizienz. Das bedeutet, dass Verteilnetzbetreibern aufgegeben ist, günstige Bezugsquellen zu identifizieren und ihre Kunden an den Einsparungen partizipieren zu lassen.
- 21 Heute kann die Versorgungssicherheit in der Schweiz nur dank des internationalen Handels sichergestellt werden. Während die Schweizer Produktion im Sommerhalbjahr die Nachfrage übersteigt und daher einen Export von Elektrizität erlaubt, sind wir im Winterhalbjahr auf die Einfuhr von Strom aus dem europäischen Ausland angewiesen. Insbesondere bei Wind- und Sonnenenergie fällt der Energieertrag unregelmässig an. Für die Versorgungssicherheit ist aber entscheidend, dass die benötigte Energie jederzeit mit der geforderten Leistung zur Verfügung steht (Art. 6 Abs. 1 StromVG). Erforderlich sind langfristige Bezugsrechte und Eigentumsrechte an Anlagen zur Energieerzeugung.
- 22 Wegen der Gefahr politischer Einflussnahme in Zeiten der Energieknappheit (im Zweifel werden ausländische Lieferanten bei längeren Kälteperioden prioritär ihre heimischen Haushalte und Betriebe versorgen) bieten Beteiligungsrechte den besten Schutz in einer mittel- bis langfristigen Perspektive. Dabei darf man nicht verkennen, dass die physische Lieferung der Elektrizität vom Ausland in die Schweiz (auch aus eigenen Anlagen) in der Praxis schwierig ist. Der Bau der erforderlichen Leitungen ist in den Transitländern kaum einfacher

¹² Insb. Art. 5 EnG (Grundsatz der sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung) und Art. 6 Abs. 1 StromVG (Verteilnetzbetreiber müssen den Endverbrauchern mit Grundversorgung jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität in der erforderlichen Qualität liefern können).

als in der Schweiz, und die Schweiz kann die Transportkapazität nicht autonom nutzen. In der Praxis werden daher allemal die nationalen Interessen Vorrang haben.¹³

- 23 Dazu kommt eine weitere Schwierigkeit: Der Import von Strom aus erneuerbaren Energiequellen wird aufgrund der Atomausstiegsbeschlüsse im nahen Ausland (z.B. Deutschland) und der dort statuierten Zielvorgaben zum Ausbau des Stromanteils aus erneuerbaren Energien in Zukunft nicht einfacher. Die Schweiz darf nicht ernsthaft darauf vertrauen, dass sie ihren Bedarf in grösserem Umfang durch Importe von erneuerbaren Energien aus dem Ausland decken kann.¹⁴
- 24 Einseitig auf erneuerbare Energien zu setzen, dürfte heute die Versorgungssicherheit mittelfristig nicht gewährleisten.¹⁵ Eine Studie der Schweizerischen Akademie der Technischen Wissenschaften (SATW) kam zum Schluss, dass selbst bei vollständiger Ausschöpfung aller vorhandenen Potenziale bis 2070 die erneuerbaren Energien lediglich einen Drittel des heutigen Energieverbrauchs decken können. Wächst der Energiekonsum weiterhin konstant, würde der Zubau der erneuerbaren Energien nicht einmal zur Deckung des Mehrverbrauchs genügen.¹⁶ Ob bei einem Ausbau der Stromproduktion aus neuen erneuerbaren Energien die heute zur Verfügung stehenden Regel- und Reserveleistungen in den bestehenden Speicherkraftwerken ausreichen werden, stellen Fachleute in Frage. Gemäss der SATW-Studie zeichnet sich ab, dass die Bewirtschaftung der Speicherkraftwerke vermehrt durch die gesamtschweizerischen Bedürfnisse bestimmt wird, wozu es ein gesamtschweizerisches Speicherbewirtschaftungskonzept braucht.¹⁷
- 25 Schliesslich darf das Angebot in der Grundversorgung nicht ausschliesslich aus teuren Produkten bestehen, welche für den durchschnittlichen Endverbraucher mit Grundversorgung nicht länger bezahlbar sind. Ein solches Angebot würde

13 Die Exportnation Frankreich musste während der Kältewelle im Winter 2012 sogar Strom importieren, vgl. <http://www.tagesschau.sf.tv/Nachrichten/Archiv/2012/02/09/Wirtschaft/Kaeltewelle-ist-gutes-Geschaef-fuer-Oel-und-Stromproduzenten>.

14 Schweizerische Akademie der Technischen Wissenschaften (SATW) Schrift Nr. 42, Erneuerbare Energien – Herausforderungen auf dem Weg zur Vollversorgung, Februar 2011, S. 26 f.

15 So auch der Bundesrat, vgl. Energieperspektiven 2050, Analyse der Stromangebotsvarianten des Bundesrats vom 25. Mai 2011.

16 SATW (Fn 14), S. 12.

17 SATW (Fn 14), S. 21 f..

dem Ziel der Stromgesetzgebung, die Grundversorgung zu angemessenen Tarifen zu gewährleisten, entgegenlaufen. Umgekehrt besteht aber kein individueller Anspruch der festen Endverbraucher, mit dem günstigsten Produkt beliefert zu werden.¹⁸ Solange sich der Preis für den gewählten Mix im Bereich der Marktpreise für ein Standardprodukt bewegt, wird die ECom nicht intervenieren. Wenn allerdings die Vergleichsmarktmethode (die auch Daten anderer regionaler und internationaler Märkte einbeziehen wird) auf einen Preismissbrauch (Unangemessenheit der Preise) hindeutet, ist eine Verletzung des StromVG indiskutabel.

- 26 In Bezug auf die Zusammensetzung des Stroms, den die Verteilnetzbetreiber zur Erfüllung der Lieferpflicht gegenüber den Endverbrauchern mit Grundversorgung bzw. den WAS-Endverbrauchern liefern, können den Anbietern somit in kantonalen und kommunalen Erlassen (nur dann) Vorgaben gemacht werden, wenn die resultierenden Tarife angemessen sind (bzw. bleiben) und die Versorgungssicherheit nicht gefährdet ist.¹⁹ In Bezug auf Lieferungen an freie Endverbraucher und EVU sind solche Produktvorgaben in jedem Fall unzulässig, da bundesrechtswidrig. Sie würden das Recht auf freie Wahl des Stromlieferanten verletzen.

3.2. Energiegesetz

- 27 Nach Art. 89 Abs. 1 BV haben sich Bund und Kantone für eine wirtschaftliche Energieversorgung einzusetzen. Das Energiegesetz (EnG) stipuliert ein Kooperations- und Subsidiaritätsprinzip (Art. 2 EnG).²⁰ Die Energieversorgung ist damit grundsätzlich Sache der (privaten) Energiewirtschaft. Bund und Kantone sollen mit geeigneten staatlichen Rahmenbedingungen dafür sorgen, dass die Energiewirtschaft diese Aufgabe im Gesamtinteresse optimal erfüllen kann (Art. 4 Abs. 2 EnG). Gemäss Art. 5 Abs. 2 EnG basiert eine wirtschaftliche Ener-

¹⁸ Verfügung 957-09-013 der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ECom vom 28. Mai 2009. Der Verfügung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Gemeinde (als Betreiberin des Elektrizitätswerks) beschloss, dass künftig alle Endverbraucher mit einem Stromprodukt beliefert werden, das sich aus einem festgelegten Mix aus zertifizierter Wasserkraft und erneuerbaren Energien zusammensetzt. Gleichzeitig strich sie ihr bisher günstigstes Stromprodukt bestehend aus Kernenergie und Wasserkraft aus ihrem Angebot. Der Gesuchsteller beantragte, dass das bisherige kostengünstigste Produkt den Endverbrauchern wieder als Basisprodukt anzubieten sei. Die ECom wies diesen Antrag ab.

¹⁹ Verfügung 957-09-013 der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ECom vom 28. Mai 2009.

²⁰ SCHÄRER, Förderinstrumente für erneuerbare Energien, URP 2010 S. 15 ff., 26 f.

gieversorgung u.a. auf den Marktkräften, der Kostenwahrheit und der internationalen Konkurrenzfähigkeit.

- 28 Aus diesen Grundsätzen wird deutlich, dass der Staat (auch im Bereich der Energieversorgung) eine wirtschaftliche Aufgabe nur dann wahrnehmen soll, wenn sie die Privatwirtschaft nicht ebenso gut erfüllen kann. Der Staat hat günstige Rahmenbedingungen für die Wirtschaft zu schaffen und im Übrigen die Wirtschaftsfreiheit zu respektieren.²¹ Massnahmen sind nur soweit anzuordnen, als sie technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar sind (Art. 3 Abs. 4 EnG).
- 29 Netzbetreiber sind verpflichtet, in ihrem Netzgebiet die von Dritten produzierte fossile und erneuerbare Energie, ausgenommen Elektrizität aus Wasserkraftanlagen mit einer Leistung von mehr als 10 MW, in einer für das Netz geeigneten Form abzunehmen und zu vergüten (Art. 7 Abs. 1 EnG). Für die Aufnahme der fossilen Energie wird vorausgesetzt, dass Elektrizität regelmässig produziert und gleichzeitig die erzeugte Wärme genutzt wird. Die Anschlussbedingungen werden vom Bundesrecht abschliessend geregelt (vgl. Art. 7 ff. EnG). Eine kantonale Regelung, welche das Einspeiserecht fossiler Stromproduzenten einschränkt oder erschwert, ist bundesrechtswidrig.
- 30 Art. 7b Abs. 1 und 3 EnG verpflichtet die EVU dazu, untereinander Vereinbarungen über die Zubaumengen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien und Massnahmen zur Förderung der Nutzung von einheimischen und erneuerbaren Energien zu treffen. Die Erreichung der Ziele in Art. 1 EnG soll nach den Prinzipien der Kooperation und der Subsidiarität erfolgen.²² Es ist somit primär Sache der EVU, sich über die Höhe der Quoten von Elektrizität aus erneuerbaren Energien und die Erreichung der Quoten zu einigen.
- 31 Nur falls sich abzeichnet, dass die in Art. 1 Abs. 3 und 4 EnG gesetzten Ziele (u.a. Erhöhung der Elektrizität aus erneuerbaren Energien bis zum Jahr 2030 um mind. 5'400 GWh/Jahr gegenüber dem Stand im Jahr 2000²³) nicht erreicht werden können, und frühestens für das Jahr 2016, kann der Bundesrat

²¹ Vgl. Art. 94 f. BV. SCHAFFHAUSER, in: EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 89 N 16.

²² Art. 2 EnG. Vgl. BBL 2005 1611, S. 1668.

²³ Die Menge von 5'400 GWh entspricht gemäss Botschaft zum StromVG einer Erhöhung des Anteils der Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Energien am gesamten inländischen Endverbrauch von Elektrizität von 67% (Durchschnitt der Produktion der Jahre 1994 bis 2003 im Verhältnis zum jeweiligen Endverbrauch) auf 77% (vgl. BBL 2005 1611, S. 1667).

den EVU verpflichtende Vorgaben für die Lieferung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien machen (Art. 7b Abs. 4 EnG). Diese Kompetenz steht ausschliesslich und ursprünglich derogatorisch dem Bund zu. Den Kantonen ist aufgetragen, ihre Energiepolitik mit dem Bund abzustimmen (Art. 2 Abs. 1 EnG). Ein Vorpreschen der Kantone in diesem Bereich, indem diese den EVU bereits heute und/oder über die Ziele des EnG hinaus Verpflichtungen auferlegen, wäre mit dem Vorrang des Bundesrechts und dem in Art. 2 EnG verankerten Subsidiaritäts- und Kooperationsprinzip nicht vereinbar.²⁴

3.3. Kernenergiegesetz

- 32 Art. 90 BV begründet auf dem Gebiet der Kernenergie eine umfassende Rechtsetzungskompetenz des Bundes mit nachträglich derogierender Wirkung.²⁵ Eine umfassende Rechtsetzungskompetenz bedeutet, dass der Bund das zugewiesene Gebiet vollständig und abschliessend ordnen kann. Die Kantone bleiben bei Kompetenzen mit nachträglich derogierender Wirkung solange zuständig, als der Bund von der ihm zugewiesenen Kompetenz keinen Gebrauch macht. Wo ein qualifiziertes Schweigen des Bundesgesetzgebers vorliegt, darf der Kanton allerdings nicht mehr legiferieren.²⁶
- 33 Umgesetzt wird die in Art. 90 BV begründete Bundeskompetenz mit dem Kernenergiegesetz (KEG). Das KEG enthält detaillierte Regelungen für die Errichtung und den Betrieb von Kernanlagen sowie weitere Themenbereiche. Mit Erlass des KEG hat der Bund seine Kompetenz wahrgenommen und den Bereich der friedlichen Nutzung der Kernenergie abschliessend geregelt. Für kantonales Recht bliebe nur dann Raum, wenn dieses andere Ziele als die bundesrechtliche Regelung verfolgt oder die Wirkung der Bundesregelung verstärkt, ohne aber gegen Sinn und Geist des Bundesrechts zu verstossen, dessen Zwe-

24 Zum Kooperations- und Subsidiaritätsprinzip vgl. BBL 2005 1611, S. 1668. Diese Auslegung entspricht wohl auch der Ansicht des Bundes. Das Bundesamt für Energie sieht im Aktionsplan Energiestrategie 2050 vor, dass verbindliche Mindestquoten von Strom aus erneuerbaren Quellen in die Zuständigkeit des Bundes fallen und auf Gesetzesstufe zu regeln wären (vgl. Aktionsplan Energiestrategie 2050 des Bundesamts für Energie, Massnahme Nr. 34).

25 Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Zürich 2007, Art. 90 N 2 (mit weiteren Hinweisen auf z.T. abweichende Meinungen); SCHAFFHAUSER, in: EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 90 Rz. 5.

26 TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2007, § 22 N 39.

cke zu beeinträchtigen oder es zu vereiteln.²⁷ Bereiche, die das KEG abschliessend regelt, sind u.a.:²⁸

- a. die für Errichtung und Betrieb von Kernanlagen notwendigen raumplanerischen und baupolizeilichen Bewilligungen;
- b. die für Kernanlagen notwendigen Entscheide im Gewässerschutz- und Fischereirecht;
- c. den Natur- und Heimatschutz; und
- d. die Sicherheit der Kernanlagen.²⁹

- 34 Die Interessen und das Recht der betroffenen Kantone sind im Bewilligungsverfahren zu berücksichtigen, soweit das Projekt dadurch nicht übermässig erschwert wird.³⁰ Ein Entscheidungsrecht steht den Kantonen nicht mehr zu. Es liegt eine Verletzung des Bundesrechts vor, wenn die kantonalen Zuständigkeiten in anderen Sachgebieten zur Verhinderung oder Erschwerung der Errichtung von Kernanlagen missbraucht werden.^{31,32}
- 35 Soweit die vorliegende Gesetzesinitiative jeden Bezug und Absatz von Elektrizität aus Kernenergieanlagen untersagt, steht sie in Konflikt mit dem KEG wie

27 BGE 128 I 295 E. 3b; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2008, N 1187.

28 Art. 49 Abs. 2 und 3 KEG und Art. 61 i.V.m. Art. 49 Abs. 3 KEG.

29 Vgl. u.a. Art. 1; Art. 13 Abs. 1 lit. a und e; Art. 16 Abs. 1 lit. a und b; Art. 20 Abs. 1 lit. c und d KEG.

30 Vgl. u.a. Art. 44, 47, 49 Abs. 3 und 4, 53 KEG.

31 BGE 111 Ia 303 E. 5a im Zusammenhang mit der Ungültigkeit einer kantonalen Volksinitiative für den Erlass eines Gesetzes gegen Atomanlagen und -lagerstätten im Kanton Graubünden. Nach dem Wortlaut der Initiative sollten z.B. die Behörden des Kantons Graubünden verpflichtet werden, mit allen rechtlichen und politischen Mitteln darauf hinzuwirken, dass auf dem Kantonsgebiet keine Atomanlagen errichtet werden. Die kantonalen Behörden hätten bei jedem Entscheid, der im weiteren Zusammenhang mit Atomanlagen steht, eine zum vornherein negative Haltung einnehmen müssen. Selbst in den Sachbereichen, die den Kantonen verbleiben, hätte die Initiative das kantonale Recht als Vorwand für die Verhinderung von Atomanlagen und damit für einen Übergriff in die Kompetenz des Bundes benutzt. Das Bundesgericht stellte in diesem Entscheid fest, dass die Frage nach der Sicherheit und nach dem Bedürfnis von neuen Atomanlagen im bundesrechtlichen Verfahren abschliessend beurteilt werden und in einem kantonalen Verfahren auch nicht unter einem anderen rechtlichen Gesichtswinkel (bspw. im Zusammenhang mit Fragen der Raumplanung) erneut aufgeworfen werden dürfen. Das Bundesgericht beurteilte die Initiative daher als bundesrechtswidrig.

32 Die Bundesversammlung hat der Gewährleistung der Kantonsverfassung von Basel-Landschaft aufgrund ihres § 115 Abs. 2 KV, der eine ähnliche Stossrichtung wie die Graubündner Volksinitiative aufweist, nur „unter Vorbehalt von Art. 24quinquies der Bundesverfassung und der darauf beruhenden Bundesgesetzgebung“ (der Kernenergiegesetzgebung) zugestimmt.

auch mit dem Binnenmarktgesetz. Zwar ist niemand verpflichtet, Atomstrom zu beziehen. Das gegenwärtige Bundesrecht erlaubt aber, Atomstrom zu produzieren und solchen im In- und Ausland zu beziehen und abzusetzen. Ein kantonales Verbot des Imports und Absatzes von Atomstrom wäre daher bundesrechtswidrig.

3.4. Kantonale Restkompetenzen

- 36 Die elektrizitätsrechtlichen Handlungsspielräume des Kantons sind im Lichte der Zuständigkeiten und der Regelungen des Bundes begrenzt. Raum für eigenes Recht besteht im Bereich der Energienutzung in Gebäuden, der Energieeffizienz, bei Bauvorschriften, im Zusammenhang mit den kantonalen Regalrechten an Gewässern und bezüglich des kantonalen Eigenbedarfs (Verwaltungsstellen, Anstalten und Betriebe). Handlungsfelder bestehen ebenfalls in den Bereichen Zertifikatshandel und Beteiligungen.
- 37 Im Zusammenhang mit der Stromversorgung obliegt den Kantonen der Vollzug der Anschlusspflicht, insb. die Zuteilung der Netzgebiete auf ihrem Territorium (Art. 5 Abs. 1 StromVG). Diese Kompetenz kann an die Gemeinden delegiert werden. Die Zuteilung der Netzgebiete kann mit einem Leistungsauftrag verbunden werden (Art. 5 Abs. 1 StromVG). Die Botschaft listet als Beispiele für einen Leistungsauftrag „zur Stärkung der Grundversorgung“ auf: die Pflicht, die öffentliche Beleuchtung sicherzustellen, ein bestimmtes Ausmass an Reservekapazitäten zu halten, über das StromVG hinausgehende Versorgungspflichten zu erfüllen oder Energiedienstleistungen zu erbringen.³³ Die Vernehmlassungsvorlage zur kantonalen Anschlussgesetzgebung zum StromVG im Kanton Basel-Landschaft enthält eine entsprechende Bestimmung, die es dem Regierungsrat erlaubt, den Netzbetreibern solche Leistungsaufträge zu erteilen.
- 38 Die Kantone können sich im Rahmen ihrer Zuständigkeiten überdies für die Förderung erneuerbarer Energien einsetzen. Ein Instrument dazu bilden handelbare Zertifikate. Zum Beispiel kann im Rahmen des 2002 etablierten Renewable Energy Certificate System (RECS) der Herkunftsnachweis von der Stromproduktion abgespalten und separat gehandelt werden.³⁴ Damit kann

³³ Botschaft StromVG, BBL 2005 1644.

³⁴ Für eine Darstellung des RECS vgl. <http://www.recs-deutschland.de/v2/index.php>.

„Ökostrom“ ohne physische Lieferung angeboten werden. Im jeweiligen Markt bzw. Handelsraum sind Zertifikate für so viele regenerativ erzeugte MWh verfügbar, wie nachweisbar erzeugt wurden. Je höher die Nachfrage nach den Zertifikaten, desto höher ihr Preis und (zumindest in der Theorie) damit der Anreiz, Strom aus erneuerbaren Quellen zu produzieren. Kauft die öffentliche Hand solche Zertifikate auf dem Markt, kann sie diese (unabhängig von der Herkunft des tatsächlich gelieferten Stroms) an die Endverbraucher weitergeben. Damit kann mittelbar auf die Erreichung der Ziele der Initianten hingewirkt werden.

- 39 Als flankierende Massnahme kommt im Weiteren die Beteiligung an schweizerischen oder ausländischen Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien in Betracht. Allerdings gibt es (ausserhalb der Bewirtschaftung des Finanzvermögens) keine „zufälligen“ Beteiligungen der öffentlichen Hand. Eine Investition setzt immer ein öffentliches Interesse bzw. eine staatliche Aufgabe voraus, deren Erfüllung gefördert werden soll. Ideologische Gründe vermögen daher eine staatliche Beteiligung nicht zu motivieren. Daher wird man die Beteiligung an einem Stromerzeuger regelmässig an Bezugsrechte knüpfen, die der Versorgungssicherheit im Kantonsgebiet dienen.
- 40 Im Übrigen bleiben die Kantone für die (ergänzende) Rechtsetzung dort zuständig, wo der Bundesgesetzgeber lediglich die Grundsätze festlegt (u.a. hinsichtlich Nutzung einheimischer und erneuerbarer Energien, Art. 89 Abs. 2 BV). Im Rahmen dieser Grundsätze und in Übereinstimmung mit den übergeordneten Zielen der Stromversorgungs- und Energiepolitik (insb. Versorgungssicherheit) sind die Kantone befugt, selber zu legislieren. Sie können dieses Recht auch an nachgeordnete Gemeinwesen delegieren.

4. Internationales Handelsrecht / Stromabkommen mit der EU

- 41 Im Rahmen der WTO besteht kein eigenes Regime für den Handel mit elektrischer Energie oder primären Energieträgern.³⁵ Nach herrschender Lehre und Praxis ist Elektrizität ein „Erzeugnis“; die Disziplinen des GATT 1994 finden daher unterschiedslos auch auf den grenzüberschreitenden Verkehr mit Elekt-

³⁵ Für eine Übersicht über die Behandlung der Energiethemen im Rahmen der WTO vgl. COTTIER et al., Energy in WTO law and policy, Bern 2010 (http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr10_forum_e/wtr10_7may10_e.pdf).

rizität Anwendung.³⁶ Spätestens seit dem *Almelo*-Urteil des EuGH³⁷ gilt Gleiches auch für das Gemeinschaftsrecht. Bund und Kantone sind daher u.a. gehalten, ausländischen Elektrizitätserzeugern die Inländerbehandlung gem. Art. III GATT (bzw. Art. 4 EFTA-Vertrag) zu gewähren. Inländerbehandlung bedeutet, dass eingeführte Erzeugnisse (unter Vorbehalt der Ausnahmeklauseln) nicht schlechter behandelt werden dürfen als gleiche oder gleichartige Waren aus inländischer Produktion.

- 42 Die Gesetzesinitiative schliesst nicht aus, dass der durch den Verzicht auf Strom aus nicht erneuerbaren Energien nötige Strombedarf durch den Ausbau des Stromhandels gedeckt wird. Der importierte Strom kann aus physikalischen Gründen nicht nach Primärenergieträgern bzw. Erzeugungsverfahren aufgeschlüsselt werden. Das heisst, niemand vermag zu bestimmen, ob der von einem Verbraucher bezogene Strom aus einem französischen Kernkraftwerk, einem Windkraftwerk in der Nordsee oder einem glarnerischen Flusskraftwerk stammt. Herkunftsnachweise und der Handel mit Zertifikaten sollen dies gleichwohl ermöglichen bzw. saldomässig sicherstellen.
- 43 Beim Bezug von Strom aus dem Handel ist heute noch kein genügender Herkunftsnachweis möglich.⁴¹ Dies bedeutet, dass sich kurzfristige Versorgungsengpässe bei strenger Auslegung der Gesetzesinitiative nicht mehr ohne weiteres am Spotmarkt schliessen lassen, da nicht nachgewiesen werden kann, dass dadurch die 80% Quote bzw. das Streben nach einer 100% Quote von Strom aus erneuerbaren Energiequellen erreicht werden. Insbesondere die EBM scheint stark auf den Ausbau des Stromhandels für die Deckung ihres Strombedarfs zu setzen.³⁸ Entsprechend konnte sie für fast 38% des im Jahr 2010 an die Kunden gelieferten Stroms keinen Herkunftsnachweis erbringen.³⁹

³⁶ Für Nachweise vgl. TRÜEB, Umweltrecht in der WTO, Zürich 2001, S. 486 f.

³⁷ EuGH, Rs. C-393/92 v. 27.4.1994 – Almelo.

⁴¹ Handels- und Grosshandelsgeschäfte an der Börse werden meist ohne Nachweise durchgeführt. Diese Elektrizität muss in der Elektrizitätsbuchhaltung als "nicht überprüfbare Energieträger" aufgeführt werden. Vgl. Leitfaden Stromkennzeichnung des BFE (abrufbar unter http://www.bfe.admin.ch/php/modules/publikationen/stream.php?extlang=de&name=de_438429199.pdf), S. 33.

³⁸ Vgl. Geschäftsbericht 2010 der EBM, S. 8 und 15 f.

³⁹ Vgl. Stromkennzeichnung 2010 der EBM (abrufbar unter <http://www.ebm.ch/strom-und-netz/privatkunden/stromkennzeichnung.html>), wobei aus der Tabelle nicht hervorgeht, ob für diesen Anteil keine Kennzeichnung möglich ist oder ob eine solche von den betreffenden Kunden einfach nicht verlangt wird.

- 44 Bereits diese kurzen Hinweise zeigen, dass die Idee einer Definition des lokalen Absatzmixes im internationalen Strommarkt einen schweren Stand hat. Sofern die Einschränkung auf erneuerbare Energieträger in gleicher Weise auf Binnenprodukte und importierten Strom angewandt wird, kann eine Verletzung der handelsrechtlichen Disziplinen vermieden werden. Der Teufel steckt allerdings im Detail. Nur zu leicht können solche Auflagen zu einer Bevorzugung der Binnenanbieter missbraucht werden – was zu Effizienzverlusten, höheren Preisen und einer Gefährdung der Versorgungssicherheit führen wird.
- 45 Die weiteren Entwicklungen auf der internationalen Ebene sind schwierig vorhersehbar. Seit 2007 verhandeln die Schweiz und die EU über ein Stromabkommen; ⁴⁰ institutionelle Fragen im Verhältnis Schweiz – EU blockieren momentan den Abschluss. Inhalt des Abkommens bilden u.a. der diskriminierungsfreie Netzzugang und Regeln für den grenzüberschreitenden Stromhandel. Das Stromabkommen wird widersprechendem kantonalem Recht vorgehen.

5. Wirtschaftsfreiheit

- 46 Soweit den EVU von den Kantonen Auflagen in Bezug auf die anzubietenden Stromprodukte gemacht werden können, stellt sich die Frage, ob solche Auflagen nicht die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und 94 BV) verletzen. Es lässt sich nicht verkennen, dass Auflagen in Bezug auf den Strommix die im Kanton tätigen Verteilnetzbetreiber gegenüber ihren ausserkantonalen und ausländischen Konkurrenten benachteiligen. Freie Endverbraucher und künftige WAS-Endverbraucher werden sich zunehmend von den Produkten ihres lokalen EVU abwenden und ihr Recht auf freie Wahl des Stromlieferanten ausüben.
- 47 Betroffen von der Gesetzesinitiative wären indessen nicht nur die im Kanton Basel-Landschaft tätigen EVU, sondern indirekt alle Produzenten und -lieferanten von Strom aus nicht erneuerbaren Energieträgern, da sie diesen (im Rahmen der Grundversorgung) nicht mehr an Baselbieter EVU liefern könnten.

40 Vgl. zum Stand und dem Inhalt der Verhandlungen das Informationsblatt des Integrationsbüros EDA/EVD, abrufbar unter http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/00563/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,Inp6i0NTU042i2Z6in1acy4Zn4Z2qZpn02YUq2Z6gpJCDdX1_gGym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--.

- 48 Träger der Wirtschaftsfreiheit sind neben natürlichen Personen auch die juristischen Personen des Privatrechts.⁴¹ Bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts (öffentlich-rechtliche Körperschaften und gemischtwirtschaftliche Unternehmen) ist dies weniger klar.⁴² Unbestritten ist, dass sich private und öffentliche Unternehmen, die mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betraut sind, *nicht* auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können.⁴³
- 49 Massgebend für den sachlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit ist, dass es sich um eine privatwirtschaftliche Tätigkeit handeln muss. Geschützt ist jede gewerbsmässig ausgeübte privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit, die der Erzielung eines Gewinns oder eines Erwerbseinkommens dient.⁴⁴ Die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und Tätigkeiten im Rahmen eines gesetzlich geregelten Monopolbereichs fallen nicht unter den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit.⁴⁵ Im Rahmen der Grundversorgung bewegen sich die Verteilnetzbetreiber nicht im freien Markt bzw. in einer Wettbewerbssituation. Dies trifft ohne weiteres zu auf die Belieferung der festen Endverbraucher bis zur vollständigen Liberalisierung. Nach der Liberalisierung kann sich die Ausnahme von der Wirtschaftsfreiheit höchstens noch auf die Belieferung der WAS-Endverbraucher beziehen. Im Übrigen erbringen die Verteilnetzbetreiber ihre Leistungen im freien Markt. Das StromVG strebt ausdrücklich einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt an (Art. 1 Abs. 1 StromVG).
- 50 Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten sind Massnahmen verboten, die nicht wettbewerbsneutral sind bzw. den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren.⁴⁶ Der Grundsatz hat auch dort Geltung, wo eine staatliche Marktordnung besteht.⁴⁷ Mit der Wirtschaftsfreiheit unvereinbar

41 Zu den ausländischen juristischen Personen, vgl. BGE 131 I 223, E. 1.1: bejaht für ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland, das einen staatsvertraglichen Anspruch auf wirtschaftliche Betätigung in der Schweiz besass.

42 Die Frage ist in der Lehre umstritten, vgl. die Verweise bei BIAGGINI, BV Kommentar, Zürich 2007, Art. 27 N 20; VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Zürich 2002, Art. 27 N 32. Das Bundesgericht hat diese Frage bis anhin offen gelassen, vgl. BGE 127 II 8, E. 4.c (betr. Swisscom AG).

43 BIAGGINI (Fn 42), N 12 f.

44 BGE 125 I 276 E. 3a.

45 BGE 130 I 26 E. 4.1 (ärztliche Tätigkeit in einem öffentlich-rechtlichen Spital), BGE 128 I 280 (Beurkundung), BGE 123 II 402 E. 3a (SRG und publisuisse); VALLENDER (Fn 42), N 9; BIAGGINI (Fn 42), N 12 f.

46 BGE 130 I 26 E. 6.3.3.

47 BGE 125 I 431 E. 4.b.aa (Ladenöffnungszeiten in Zentren des öffentlichen Verkehrs).

und daher unzulässig sind vor allem diejenigen Ungleichbehandlungen, die durch gewerbe- oder wirtschaftspolitische Überlegungen begründet sind, und dadurch einzelne Konkurrenten gegenüber anderen bevorzugt oder benachteiligt werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten aber nicht absolut. Systemkonforme Differenzierungen zum Schutz polizeilicher Interessen können gerechtfertigt sein. Eine entsprechend begründete Ungleichbehandlung muss jedoch verhältnismässig sein und darf das Gleichbehandlungsgebot nicht geradezu seiner Substanz entleeren.⁴⁸ Unzulässig wären bspw. Massnahmen, die auf einen „Heimatschutz“ hinauslaufen, etwa wenn ohne besonderes öffentliches Interesse nur noch Strom aus regionalen Energieträgern abgesetzt werden dürfte.

- 51 Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit bedürfen (a) einer gesetzlichen Grundlage, müssen (b) durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und (c) verhältnismässig sein (Art. 36 BV). Während die erste Voraussetzung durch die Gesetzesinitiative ohne weiteres erfüllt wird, bedürfen die beiden weiteren einer vertieften Betrachtung.
- 52 Vorliegend steht insb. das Interesse an einer sicheren und wirtschaftlichen Stromversorgung dem Interesse auf Schutz der Umwelt und Schonung der natürlichen Ressourcen gegenüber. Wie bereits dargelegt wurde, kann die Vollversorgung mit Elektrizität aus erneuerbaren Energien zurzeit nicht verlässlich nachgewiesen werden (vorne, Rz. 24). Ob der Verzicht auf Atomstrom per se ein öffentliches Interesse indiziert, darf mit Fug bezweifelt werden. Mit dem KEG und dem Ausführungsrecht hat der Bund zu erkennen gegeben, dass die mit Kerntechnologien verbundenen Nutzungsinteressen die inhärenten Gefahren überwiegen.
- 53 Das Gebot der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung zumutbar und verhältnismässig erweist. Erforderlich ist eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation. Eine Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann.⁴⁹

48 BGE 125 I 431 E. 4.b.aa (Ladenöffnungszeiten in Zentren des öffentlichen Verkehrs).

49 BGE 132 I 49 E. 7.2.

- 54 Die Gesetzesinitiative benachteiligt vor allem die im Kanton Basel-Landschaft tätigen EVU. Das Absatzverbot von Strom aus nicht erneuerbaren Energien an Endkunden im Kanton Basel-Landschaft trifft zwar grundsätzlich sämtliche in- und ausländischen Stromproduzenten und -lieferanten. Aufgrund des im StromVG geregelten Rechts auf Netzzugang und freie Wahl des Lieferanten kann jedoch ausserkantonalen Lieferanten die Produktion und Lieferung von Strom an Endkunden im Kanton Basel-Landschaft nicht verboten werden (vgl. vorne, Kpt. 3.1).
- 55 Andererseits gibt das StromVG den Endverbrauchern keinen Anspruch auf ein bestimmtes Angebot von Stromprodukten bzw. darauf, von einem Lieferanten ihrer Wahl jedes denkbare Stromprodukt zu beziehen. Mit der Initiative könnte daher (nur) den Baselbieter Elektrizitätsunternehmen untersagt werden, auch im liberalisierten Bereich⁵⁰ eigene Stromprodukte anzubieten, die dem Initiativtext widersprechen. Lieferung und Durchleitung solcher Produkte anderer Erzeuger könnten sie indessen nicht verweigern. Für diese ungeeignete und unverhältnismässige Einschränkung fehlt jedes vernünftige Interesse.
- 56 Es ist zu erwarten, dass spätestens ab vollständiger Liberalisierung des Stromversorgungsmarktes das Bedürfnis der EVU nach unternehmerischer Flexibilität wächst, damit sie sich im Wettbewerbsumfeld behaupten können. Ohne Versorgungsmonopol und ohne gesicherten Energieabsatz muss jedes EVU am Markt neue freie Kunden gewinnen und der Abwanderung bisheriger Kunden zu Konkurrenten vorbeugen. Aufgrund des im StromVG geregelten Rechts auf Netzzugang und freie Wahl des Lieferanten kann ausserkantonalen Lieferanten die Produktion und Lieferung von Strom an Endkunden im Kanton Basel-Landschaft nicht verboten werden. Die im Kanton beheimateten EVU hätten das Nachsehen, zumindest solange Strom aus ausschliesslich erneuerbaren Energien nicht zu konkurrenzfähigen Preisen angeboten wird.
- 57 Die Wirksamkeit und damit die Eignung der Volksinitiative, die beabsichtigten Umweltschutzziele zu erreichen, sind aufgrund des Rechts der freien Lieferantenwahl in einem liberalisierten Markt fraglich. Solange ausserkantonale Anbieter billigeren Strom aus nicht erneuerbaren Energien anbieten, kann die vorge-sehene Beschränkung im Kanton Basel-Landschaft sogar das Gegenteil bewirken, nämlich die „Flucht“ zu billigeren, ausserkantonalen Stromlieferan-

⁵⁰ Das StromVG enthält nur das Recht der Verbraucher, ihren Lieferanten frei zu wählen, und das Recht der Lieferanten auf Netzzugang. Es gibt aber keinen Anspruch darauf, von einem Lieferanten seiner Wahl ein Stromprodukt zu beziehen, das dieser nicht anbieten will oder darf.

ten. Zudem ist angesichts der bereits auf Bundesebene (v.a. im EnG) vorgesehenen und für die nahe Zukunft geplanten Massnahmen zur Erhöhung des Absatzes von erneuerbaren Energien (einschliesslich Quoten), welche nicht nur auf die Baselbieter EVU beschränkt sein werden, die Erforderlichkeit eines kantonalen Absatzverbots bzw. von Quoten (noch) nicht gegeben. Die Benachteiligung der auf Kantonsgebiet tätigen Unternehmen gegenüber den ausserkantonalen Unternehmen lässt sich daher nicht rechtfertigen. Dies alles indiziert eine Verletzung der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit.

6. Antworten

- 58 Die Annahme der Initiative führte letztlich zu einer kantonalen Partitionierung des Marktes und damit zur Verhinderung eines nationalen oder international liberalisierten Strommarktes. Unterschiedliche kantonale Normen zur Herkunft des Stroms wirken wie nicht tarifäre Handelshemmnisse und stellen die Liberalisierungsbemühungen in Frage. Diese Vorschläge stehen den Grundsätzen des Bundesrechts diametral entgegen.
- 59 Soweit der Absatz von Atomstrom an freie Endverbraucher untersagt werden soll, verletzt die Initiative das StromVG sowie die Wirtschaftsfreiheit der EVU. Eine Rechtfertigung anhand überwiegender öffentlicher Interessen ist nicht möglich. Ein Absatzverbot verletzte zudem das KEG sowie das EnG. Überdies ergeben sich nicht ohne weiteres lösbare Konflikte mit dem internationalen Handelsrechts sowie dem kantonalen Beschaffungsrecht.
- 60 In einem liberalisierten Strommarkt liegt die Entscheidung über die Herkunft des Stroms (soweit diese Herkunft sich überhaupt verlässlich feststellen lässt) beim Endverbraucher. Die Rolle des Staates besteht darin, die Rahmenbedingungen für Produktion, Übertragung, Verteilung und Versorgung mit Strom zu regeln. Auf der Produktionsseite z.B. mit Vorschriften zu Restwassermengen (bei hydraulischen Anlagen) oder zur Reaktorsicherheit (bei Kernanlagen). Darüber legt der Bund abschliessend; den Kantonen stehen diesbezüglich keine Kompetenzen zu.