

# **BGer 2C 201/2021 vom 13. Dezember 2021**

Bundesgericht, 2021-12-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_201\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_201_2021)

FR: TF 2C 201/2021 du 13 décembre 2021

IT: TF 2C 201/2021 del 13 dicembre 2021

## **Regeste**

Konzessionen | Verkehr (ohne Strassenverkehr)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

In Bezug auf das Eintreten kann auf die vorangegangenen Urteile des Bundesgerichts verwiesen werden (vorne lit. A). Gegen den kantonal letztinstanzlichen Endentscheid ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ( Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Art. 90 BGG ). Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

### **E. 1.2**

Das Bundesgericht prüft frei und von Amtes wegen die richtige Anwendung von Bundesrecht ( Art. 95 lit. a und Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen oder auf entsprechende Rüge hin ( Art. 106 Abs. 2 BGG ) berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich, ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ).

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin stellt nicht mehr in Frage, dass die Gemeinde bei der CKW eine Konzessionsabgabe erheben kann und dass eine solche Abgabe grundsätzlich auf den Endverbraucher überwältzt werden kann. Darauf braucht nicht mehr eingegangen zu werden. Die Beschwerdeführerin macht aber geltend, in Wirklichkeit habe die CKW der Gemeinde für den hier streitigen Zeitraum gar keine Konzessionsabgaben bezahlt oder jedenfalls sei eine solche Zahlung nicht nachgewiesen. Das Ausfallrisiko, wenn ein Stromkunde die Abgabe nicht bezahle, liege bei der Gemeinde und nicht bei der CKW. Die CKW hätte den Beweis für die von ihr behauptete anspruchsbegründende Tatsache erbringen müssen, dass sie die Abgabe an die Gemeinde bezahlt habe und entsprechend das Ausfallrisiko trage. Soweit die Vorinstanz davon ausgehe, es seien bei der CKW Konzessionsabgaben angefallen oder die CKW habe solche Abgaben bezahlt, entrichtet oder abgeliefert, fehle dafür jegliche tatsächliche oder beweismässige Grundlage und seien diese Feststellungen offensichtlich unrichtig. Fehle ein Nachweis dafür, dass die CKW der Gemeinde die Abgaben bezahlt habe, könne auch keine Abgabe auf die Endkunden überwältzt werden.

### **E. 2.2**

Die CKW bringt demgegenüber vor, sie habe im vorinstanzlichen Verfahren aufgezeigt und nachgewiesen, dass sie der Gemeinde im Zeitraum von November 2010 bis Dezember 2018 Abgaben gemäss Konzessionsvertrag bezahlt habe; sie habe auch die Einholung einer schriftlichen Auskunft der Gemeinde offeriert, ob die Zahlungen tatsächlich erhalten wurden. Vor Bundesgericht macht sie weitere Nachweise für die Bezahlung der Konzessionsabgaben geltend.

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz erwägt in E. 4.1 des angefochtenen Urteils zunächst, aufgrund des Konzessionsvertrags zwischen der Gemeinde und der CKW sei diese verpflichtet, jener eine Konzessionsabgabe zu bezahlen. Aus einem Schreiben der CKW an die Gemeinde vom 19. Mai 2011 und einem Kontoauszug vom 22. August 2011 gehe hervor, dass die CKW Zahlungen an die Gemeinde geleistet habe. Weiter erwägt die Vorinstanz, es sei nicht ersichtlich, inwiefern das von der vonRoll vorgebrachte Argument, dass die CKW kein Ausfallrisiko trage, die Pflicht der vonRoll zur Bezahlung der überwälzten Abgabeforderung aufheben oder reduzieren könne. Der vonRoll sei insofern beizupflichten, als der Umfang der von der CKW an die Gemeinde entrichteten Konzessionsabgaben nicht abschliessend feststehe. Entgegen der Auffassung der vonRoll sei jedoch nicht ausschlaggebend, ob die CKW unabhängig des Ausfallrisikos sämtliche geschuldeten Konzessionsabgaben an die Gemeinde abgeliefert habe; entscheidend sei, dass sich die CKW gegenüber der Gemeinde zur Entrichtung der Konzessionsabgaben verpflichtet habe. Die Überwälzung der von der CKW geschuldeten Konzessionsgebühr auf die vonRoll sei nicht Gegenstand des Konzessionsverhältnisses. Sodann sei die Frage, ob die CKW den Konzessionsabgabebetrag korrekt abgerechnet und vollständig an die Gemeinde geleistet habe, nicht Gegenstand des Überwälzungsverfahrens zwischen der CKW und der vonRoll, sondern betreffe das Konzessionsabgabeverfahren zwischen der Gemeinde und der CKW.

### **E. 2.4**

Wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt, vermögen die sachverhaltlichen Feststellung der Vorinstanz keinen Nachweis dafür zu erbringen, dass und in welchem Umfang die CKW im hier (noch) streitigen Zeitraum von April 2014 bis Dezember 2018 effektiv Konzessionsabgaben an die Gemeinde geleistet hat. Fraglich und zu prüfen ist jedoch, ob diese Frage überhaupt rechtserheblich ist.

### **E. 3.1**

Wie aus den vorne in E. 2.3 wiedergegebenen Erwägungen der Vorinstanz hervorgeht, ist diese der Auffassung, dass es im Rechtsverhältnis zwischen der CKW und der vonRoll gar nicht erheblich sei, ob die CKW der Gemeinde die Abgabe effektiv bezahlt hat.

### **E. 3.2**

Die vonRoll bezieht sich demgegenüber auf das Urteil 2C\_399/2017, wo das Bundesgericht festgestellt habe, der Klage wäre die Grundlage entzogen, wenn die CKW der Gemeinde gar keine Konzessionsabgabe bezahlt hätte. In jenem Urteil sei dann allerdings das Bundesgericht sachverhaltlich davon ausgegangen, dass die CKW die streitbetroffenen Abgaben (für die Zeit vom 1. August 2009 bis 31. Oktober 2010) tatsächlich bezahlt habe; auf dieser Grundlage hätten die rechtlichen Erwägungen und Folgerungen des Bundesgerichts beruht. Für den vorliegend streitigen Zeitraum sei diese Zahlung jedoch nicht nachgewiesen. Die CKW habe selber gar keine Konzessionsabgabe bezahlt, sondern habe nur die bei den Endverbrauchern erhobenen Abgaben für die Gemeinde einkassiert;

falls ein Endkunde nicht bezahlt habe, habe die CKW auch nichts weitergeleitet; das Ausfallrisiko liege in Wirklichkeit bei der Gemeinde; in rechtlicher Hinsicht liege damit gar keine Konzessionsabgabe vor, sondern eine unzulässige Konsumsteuer.

### **E. 3.3**

Im zit. Urteil 2C\_399/2017 hat das Bundesgericht in E. 5 ausgeführt: "5. Vorab bringt die Beschwerdegegnerin [vonRoll] vor, die Beschwerdeführerin [CKW] habe der Gemeinde Emmen gar keine Konzessionsabgaben bezahlt; das Ausfallrisiko liege in Wirklichkeit bei der Gemeinde. Würde dies zutreffen, wäre der Klage von vornherein die Grundlage entzogen. 5.1. Die Vorinstanz hat festgestellt, die Beschwerdeführerin habe aus Stromlieferungen an die Beschwerdegegnerin vom 1. August 2009 bis 31. Oktober 2010 der Gemeinde Emmen insgesamt Fr. 46'401.42 Konzessionsabgaben bezahlt (E. 3.1 des angefochtenen Entscheids). Die Beschwerdegegnerin vermag nicht darzutun, dass diese Sachverhaltsfeststellung offensichtlich unrichtig wäre (vgl. vorne E. 2.2). Im Übrigen ergibt sich auch aus den bundesgerichtlichen Urteilen 4A\_582/2014 (Lit. A.d) und 2C\_824/2015 (lit. A in fine), dass die Beschwerdeführerin der Gemeinde Emmen im fraglichen Zeitraum Konzessionsabgaben bezahlt hat, was die Beschwerdegegnerin denn auch selber bestätigt. 5.2. Die Rüge der Beschwerdegegnerin gründet in Wirklichkeit auf ihrer Annahme, bei der Abgabe handle es sich um eine Konsumsteuer, die von der Gemeinde direkt von den Elektrizitätskonsumenten erhoben werde, so dass die Beschwerdeführerin gar nicht Schuldnerin, sondern höchstens Inkassostelle sein könne. Wie hinten in E. 6.2.4 dargelegt wird, trifft diese Auffassung jedoch nicht zu. Es ist somit davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin der Gemeinde Emmen Konzessionsabgaben geleistet hat. Im Folgenden ist (vgl. vorne E. 4.3) zunächst vorfrageweise zu prüfen, ob die Abgabe im Rechtsverhältnis zwischen Gemeinde und Beschwerdeführerin rechtmässig ist (hinten E. 6-8) und alsdann, ob diese Abgabe im Verhältnis zwischen Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin auf diese überwältzt werden kann (hinten E. 9)."

### **E. 3.4**

Der zweite Satz von E. 5 kann in der Tat so verstanden werden, dass der Klage die Grundlage entzogen wäre, wenn die CKW gar keine Konzessionsabgabe bezahlt hätte (was eine Sachverhaltsfrage ist). Er kann aber auch auf die zweite Satzhälfte des ersten Satzes bezogen werden, dass nämlich der Klage die Grundlage entzogen wäre, wenn das Ausfallrisiko bei der Gemeinde liege (was zumindest teilweise eine Rechtsfrage ist). Die E. 5.1 bezieht sich auf das Sachverhaltliche der effektiven Bezahlung. In der folgenden E. 5.2 in Verbindung mit E. 6 wird demgegenüber die Auffassung der vonRoll verworfen, es handle sich bei der Abgabe um eine Konsumsteuer. Darauf bezieht sich der folgende Satz, wonach davon auszugehen sei, die CKW habe der Gemeinde Konzessionsabgaben geleistet (und habe nicht etwa bloss als Inkassostelle für eine Konsumsteuer gehandelt). Aus der Passage, auf die sich die Beschwerdeführerin beruft, folgt somit nicht zwingend, dass nur effektiv bezahlte Abgaben auf die Endverbraucher überwältzt werden dürfen; die ganze E. 5 kann auch so verstanden werden, dass nicht der (unbestrittene) Sachverhalt der effektiven Zahlung massgebend sein soll, sondern die rechtliche Qualifikation dieser Abgabe (Konzessionsabgabe [der CKW an die Gemeinde] oder Konsumsteuer [der Gemeinde mit Inkasso durch die CKW und Ausfallrisiko der Gemeinde]). Sodann hat das Bundesgericht im Urteil 2C\_824/2015 im Streit zwischen der CKW und der Gemeinde Emmen (vorne lit. A.d) festgehalten, dass die Frage einer Überwälzung der von der CKW geschuldeten Konzessionsgebühr nicht Gegenstand des Verfahrens sei und keine zwingende

Bindungswirkung zum Verfahren zwischen der CKW und der vonRoll bestehe, weshalb sich eine Beiladung der vonRoll nicht aufdränge (E. 1.5.4). Auch dies weist darauf hin, dass für die Frage der Überwälzung der Abgabe nicht massgebend ist, ob die CKW die Konzessionsabgabe effektiv bezahlt hat bzw. ob sie sie zurückerstattet erhält.

### **E. 3.5**

Wie sich aus diesem Urteil 2C\_824/2015 sowie aus dem Urteil 2C\_399/2017 ergibt (vorne lit. A.f) und auch die Vorinstanz mit Recht ausgeführt hat, ist zu unterscheiden zwischen (1) dem Rechtsverhältnis zwischen der Gemeinde und der CKW (als Netzbetreiberin) einerseits und (2) zwischen der CKW und der vonRoll (als Endverbraucherin) andererseits. Die Konzessionsabgabe wird im Rechtsverhältnis (1) geschuldet. Im Rechtsverhältnis (2) kann sie unmittelbar von Bundesrechts wegen dem Endverbraucher überwältzt werden, da sie wie die anderen anrechenbaren Kosten ( Art. 15 StromVG ) Teil des Netznutzungsentgelts bildet ( Art. 14 Abs. 1 StromVG ; Urteil 2C\_399/2017 E. 9.1). Zwar kann diese Überwälzung nur erfolgen, wenn die Abgabe auch im Rechtsverhältnis (1) rechtmässig ist (Urteil 2C\_399/2017 E. 4.3), das heisst, wenn sie gemäss Konzessionsvertrag geschuldet und dieser rechtmässig ist. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die CKW gemäss Konzessionsvertrag zur Zahlung der Abgabe verpflichtet ist (vgl. vorne E. 2.1 und 2.3); diese ist sodann rechtmässig (Urteil 2C\_399/2017 E. 7 und 8; vgl. dazu auch bereits das Urteil 2C\_824/2015). Die Frage ist jedoch, ob die Überwälzung zudem voraussetzt, dass die Abgabe effektiv bezahlt worden ist.

### **E. 3.6**

Wie im Urteil 2C\_399/2017 in E. 9 dargelegt, gehören Abgaben an Gemeinwesen, soweit sie sich auf den Netzbetrieb beziehen, gemäss Art. 14 Abs. 1 StromVG zum Netznutzungsentgelt, soweit sie nicht individuell in Rechnung gestellt werden ( Art. 14 Abs. 3bis StromVG ). Art. 12 Abs. 2 StromVG verpflichtet sodann die Netzbetreiber, in ihren Rechnungsstellungen, "[d]ie Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen" gesondert auszuweisen. Das Gesetz äussert sich aber nicht ausdrücklich dazu, ob damit die geschuldeten oder die effektiv bezahlten Abgaben gemeint sind. Auch die Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71) sagt dazu nichts Näheres. Die Rechtsprechung spricht beiläufig von Abgaben, welche die Netzbetreiber dem Gemeinwesen zu bezahlen haben ( BGE 143 II 283 E. 3.3), ohne sich mit der hier streitigen Frage auseinanderzusetzen.

### **E. 3.7**

Auch für die übrigen Kostenbestandteile des Netznutzungsentgelts ist diese Frage nicht ausdrücklich geregelt: Das Gesetz legt nur fest, welche Kosten anrechenbar sind ( Art. 15 StromVG ). Dazu gehören einige, die naturgemäss vom Netzbetreiber nicht effektiv bezahlt, sondern rein kalkulatorisch erfasst werden (namentlich die kalkulatorischen Abschreibungen und Zinsen gemäss Art. 15 Abs. 3 StromVG ). Einige andere Kosten sind solche, welche der Netzbetreiber typischerweise an Dritte schuldet. Als Grundlage für die Berechnungen der Netzbetreiber dient die Jahres- und Kostenrechnung, welche gemäss Art. 11 StromVG zu erstellen ist. Darin müssen alle für die Berechnung der anrechenbaren Kosten notwendigen Positionen separat ausgewiesen werden ( Art. 7 Abs. 3 StromVV ). Auch diese Bestimmungen äussern sich nicht ausdrücklich dazu, ob die geschuldeten oder die effektiv bezahlten Kosten massgebend sind; ebenso wenig tun dies die einzelnen Bestimmungen, welche die anrechenbaren Kosten näher spezifizieren ( Art. 12-14

StromVV ). Einzig in Bezug auf die ebenfalls in das Netznutzungsentgelt einflussenden Gebühren nach Art. 3a Abs. 2 des Elektrizitätsgesetzes vom 24. Juni 1902 (EleG; SR 734.0) spricht das Gesetz von Gebühren, die "der Netzbetreiber (...) entrichtet" ( Art. 15 Abs. 3bis lit. c StromVG ; franz. "les émoluments versés [...]"; ital. "gli emolumenti versati [...]").

### **E. 3.8**

Nach allgemeinen Buchführungsgrundsätzen müssen Aufwände und Erträge in zeitlicher und sachlicher Hinsicht voneinander abgegrenzt werden ( Art. 958b Abs. 1 OR , mit bestimmten Ausnahmen gemäss Abs. 2). Aufwände sind dann zu erfassen, wenn sie entstehen, und nicht wenn flüssige Mittel bezahlt werden (Markus R. Neuhaus/Daniel Suter, in: Basler Kommentar, OR II, 5. Aufl. 2016, N. 2 und 4 zu Art. 958b OR ). Forderungen, die geschuldet, aber noch nicht bezahlt sind, sind zu passivieren und fliessen damit in die Erfolgsrechnung ein ( BGE 141 II 83 E. 5.1). Die Kostenrechnung gemäss StromVG stimmt allerdings nicht zwingend mit der Finanzbuchhaltung überein (Tanja Sarah Petrik-Haltiner, Spannungsfelder rund um die Stromkosten und -tarife, 2017, S. 148 ff.). Das gilt insbesondere für die kalkulatorischen Kapitalkosten ( BGE 138 II 465 E. 4.6.2; Petrik-Haltiner, a.a.O., S. 158 f.). Andere Aufwände sind demgegenüber in der Kostenrechnung gleich zu behandeln wie in der Finanzbuchhaltung (Petrik-Haltiner, a.a.O., S. 159). Die besonderen Gründe, welche bei den Kapitalkosten eine Abweichung von der Finanzbuchhaltung indizieren ( BGE 138 II 465 E. 4.6.2), liegen in Bezug auf die Abgaben an Gemeinwesen nicht vor. Es ist daher davon auszugehen, dass auch in dieser Beziehung die Kostenrechnung, welche als Grundlage für die Bemessung des Netznutzungsentgelts dient, auf die geschuldeten Abgaben abstellt, nicht auf die effektiv bezahlten.

### **E. 3.9**

Vorliegend stand die CKW gerichtsnotorisch mit der Gemeinde Emmen im Streit über die Rechtmässigkeit der von der Gemeinde verlangten Konzessionsabgaben (vorne lit. A.d). Mittlerweile ist aber nicht mehr bestritten, dass die CKW die Konzessionsabgaben schuldet (vorne E. 3.5). Ob sie diese Abgaben effektiv bezahlt hat, ist nach dem Gesagten nicht massgeblich. Bei dieser Rechtslage sind alle Rügen, welche die Beschwerdeführerin hinsichtlich unvollständiger oder offensichtlich unrichtiger Sachverhaltsfeststellung oder der Verletzung von Prozessmaximen und Beweisregeln erhebt, gegenstandslos, weil sie sich auf nicht rechtserhebliche Umstände beziehen (vgl. vorne E. 1.2).

### **E. 4**

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet. Die unterliegende Beschwerdeführerin trägt die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens ( Art. 66 Abs. 1 BGG ) und hat der obsiegenden Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.