

# **BGer 2C 399/2017 vom 28. Mai 2018**

Bundesgericht, 2018-05-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_399\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_399_2017)

FR: TF 2C 399/2017 du 28 mai 2018

IT: TF 2C 399/2017 del 28 maggio 2018

## **Regeste**

Konzessionsabgaben (Forderung) | Verkehr (ohne Strassenverkehr)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerdeführerin will die Konzessionsabgabe, welche sie als Verteilnetzbetreiberin an die Gemeinde Emmen entrichtet hat, auf die Beschwerdegegnerin als Endverbraucherin überwälzen. Nach dem Urteil des Bundesgerichts vom 17. April 2015 steht fest, dass diese Forderung öffentlich-rechtlicher Natur ist (vgl. auch Urteil 4A\_305/2017, zur Publikation vorgesehen). Sodann betrifft sie zwar das Verhältnis zwischen einem Energieversorgungsunternehmen und einem Endverbraucher, doch geht es um die Tarifkomponente "Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen" (vgl. Art. 14 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7; in casu an eine Gemeinde), wofür die ElCom nicht zuständig ist (Art. 22 Abs. 2 lit. a und b je 2. Satz StromVG; BGE 143 II 283 E. 1.2.4 S. 286 f. ; 138 I 468 E. 2.5 S. 472 f.), ebensowenig das Bundesverwaltungsgericht. Gegen den kantonal letztinstanzlichen Endentscheid ist daher die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ( Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Art. 90 BGG ).

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin als vorinstanzlich unterlegene Klägerin ist grundsätzlich zur Beschwerde legitimiert ( Art. 89 Abs. 1 BGG ). Die Beschwerdegegnerin verneint allerdings das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin mit der Begründung, die von dieser heute als nachteilig empfundene Situation sei auf ihr eigenes Vorgehen zurückzuführen; sie habe selber gegenüber der Gemeinde vorgebracht, die Konzessionsgebühr habe keine gesetzliche Grundlage. Trotzdem habe sie diese Leistung freiwillig erbracht, weshalb sie sie von der Gemeinde nicht habe zurückverlangen können, was das Bundesgericht im Urteil 2C\_824/2015 vom 21. Juli 2016 bestätigt habe. Die Beschwerdeführerin habe somit die Folgen ihres Verhaltens selber zu tragen und verhalte sich zudem widersprüchlich und treuwidrig, wenn sie jetzt eine andere Rechtsposition vertrete als in jenem Verfahren. Schon die Vorinstanz hätte daher auf die Klage nicht eintreten dürfen und auch auf die Beschwerde an das Bundesgericht sei nicht einzutreten. Zutreffend ist, dass die Beschwerdeführerin versucht hat, die an die Gemeinde Emmen bezahlten Konzessionsgebühren von dieser zurückzufordern. Dies schliesst aber keineswegs aus, dass sie nun versucht, diesen Betrag auf die Beschwerdegegnerin zu überwälzen, nachdem die Rückforderung bei der Gemeinde erfolglos blieb. Ob dieser Umstand die Überwälzung ausschliesst, ist eine Frage der materiellen Beurteilung, nicht des schutzwürdigen Interesses. Es ist auch nicht bereits deshalb ein verpöntes venire contra factum proprium, dass eine Partei in einem Verfahren einen bestimmten Rechtsstandpunkt

vertritt, aber dann, wenn sie mit diesem Standpunkt rechtskräftig nicht durchgedrungen ist, in einem anderen Verfahren einen anderen Standpunkt vertritt. Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten. Aus dem gleichen Grund ist auch die Vorinstanz entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin mit Recht auf die Klage eingetreten.

### **E. 2.1**

Das Bundesgericht prüft frei und von Amtes wegen die richtige Anwendung von Bundesrecht ( Art. 95 lit. a und Art. 106 Abs. 1 BGG ). Die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht prüft es jedoch nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Die Verletzung kantonalen Rechts kann sodann - von hier nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen ( Art. 95 lit. c-e BGG ) - nicht als solche überprüft werden, sondern nur daraufhin, ob sie zu einer Bundesrechtsverletzung führt, namentlich ob sie willkürlich ist ( BGE 142 II 369 E. 2.1 S. 372).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht 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 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 ). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Tatsachen, die in den Akten liegen, aber von der Vorinstanz nicht festgestellt worden sind, sind nicht unzulässige Noven; sie können aufgrund entsprechender Sachverhaltsrüge oder von Amtes wegen berücksichtigt werden ( BGE 136 V 362 E. 4.1 S. 366 f.).

### **E. 3**

Streitgegenstand ist, ob die Beschwerdeführerin (als Netzbetreiberin) die Konzessionsgebühr, welche sie an die Gemeinde Emmen bezahlt, auf die Beschwerdegegnerin (als Stromendverbraucherin) überwälzen kann.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz geht davon aus, es sei vorfrageweise zu prüfen, ob sich die Konzessionsgebühr, welche die Beschwerdeführerin an die Gemeinde Emmen bezahlt hat, als rechtmässig erweise (angefochtenes Urteil E. 3.1 in fine und E. 3.6). Sie kommt zum Ergebnis, die Gebühr habe eine genügende gesetzliche Grundlage (E. 3.4.2); sie verletze aber das Äquivalenzprinzip und sei willkürlich (E. 3.5.2). Der Beschwerdeführerin sei es schon aus diesem Grunde verwehrt, die von ihr an die Gemeinde bezahlten Gebühren auf die Beschwerdegegnerin zu überwälzen. Es könne daher offen bleiben, ob überhaupt eine genügende gesetzliche Grundlage für diese Überwälzung bestehe (E. 3.4.2 und 3.6).

#### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, Grundlage für die Überwälzung seien die vertraglichen Beziehungen zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin sowie Art. 14 Abs. 1 StromVG. Die Abgabe verletze das Äquivalenzprinzip nicht. Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung und falsche Rechtsanwendung. Zudem bringt sie vor, die Beschwerdegegnerin verhalte sich

vertrags- und treuwidrig, wenn sie die auf sie überwälzten Abgaben nicht bezahle; die Vorinstanz habe eine Rechtsverweigerung begangen, indem sie diesen Aspekt nicht geprüft habe.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdegegnerin bringt in erster Linie vor, es gehe gar nicht darum, eine von der Beschwerdeführerin an die Gemeinde Emmen bezahlte Abgabe auf die Beschwerdegegnerin zu überwälzen; vielmehr erhebe die Gemeinde die Abgabe direkt bei den Stromkunden, wobei die Beschwerdeführerin lediglich als Inkassostelle fungiere. Diese Abgabe habe keine genügende gesetzliche Grundlage. Sie sei zudem eine gegen Art. 134 BV verstossende Konsum- bzw. Verbrauchssteuer; schon aus diesem Grund sei die Klage abzuweisen. Wollte man nicht eine Konsumsteuer, sondern eine Konzessionsabgabe annehmen, so wäre sie nach den Massstäben von BGE 138 II 70 inhaltlich rechtswidrig. Schliesslich gebe es weder eine vertragliche noch eine gesetzliche Grundlage für eine allfällige Überwälzung von Konzessionsabgaben von der Beschwerdeführerin auf die Beschwerdegegnerin.

### **E. 3.4**

Die Vorinstanz ist nicht auf alle diese von der Beschwerdegegnerin vorgebrachten Aspekte eingegangen. Das brauchte sie auch nicht zu tun, da sie die Klage bereits infolge Verletzung des Äquivalenzprinzips abwies. Die Beschwerdegegnerin ihrerseits war durch den angefochtenen Entscheid nicht beschwert und konnte diesen damit nicht selber anfechten. Sie kann aber vor Bundesgericht die Aspekte wieder vorbringen, die alternativ zu der von der Vorinstanz genannten Begründung zur Abweisung der Klage führen könnten, sofern sich die vorinstanzliche Argumentation als unzutreffend erweist.

### **E. 4**

Bevor auf die einzelnen Aspekte eingegangen wird, rechtfertigt es sich, den entstehungsgeschichtlichen Kontext der umstrittenen Abgabe darzulegen.

#### **E. 4.1**

Traditionell war die Elektrizitätsversorgung in der Schweiz weitgehend Sache der Gemeinden und Kantone. Diese verfügten einerseits über die Wasserkraft ( Art. 24 Abs. 3 aBV ; Art. 76 Abs. 4 BV ; Art. 2-4 des Bundesgesetzes vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte [Wasserrechtsgesetz, WRG; SR 721.80]), aus welcher die Elektrizität ursprünglich fast ausschliesslich gewonnen wurde; andererseits besteht ein zumindest natürliches Leitungsmonopol aufgrund der Herrschaft von Kantonen und Gemeinden über den öffentlichen Grund ( Art. 664 ZGB ), in welchem die Leitungen weitgehend verlaufen. Die Elektrizitätsversorgung erfolgte in der Regel durch kantonale oder kommunale öffentlich-rechtliche Anstalten oder aber durch privatrechtliche Gesellschaften, die weitgehend von Kantonen und Gemeinden beherrscht waren (vgl. BGE 129 II 497 E. 3.1 S. 507 ff.). Diese Elektrizitätsversorgungsunternehmen verfügten über ein rechtliches oder faktisches Gebietsmonopol für die Elektrizitätslieferung. Sie erhoben von den Endkunden einen Strompreis, der in der Regel als öffentlich-rechtliche Gebühr ausgestaltet war und oft politisch festgelegt wurde. Dabei wurde der Strompreis in aller Regel nicht nach Netznutzung und Energieproduktion getrennt ausgewiesen und schloss oft weitere Leistungen an das Gemeinwesen ein (Urteil 2C\_518/2012 vom 23. November 2012 E. 2.1, nicht publ. in: BGE 138 I 468 ), so namentlich eine Entschädigung dafür, dass für die Elektrizitätsleitungen der öffentliche Grund in Anspruch genommen wurde (vgl. z.B.

BGE 133 I 128 E. 4.1 S. 132 f.).

#### **E. 4.2**

Diese Rechtslage hat sich mit dem Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes grundlegend geändert (Urteil 2C\_518/2012 vom 23. November 2012 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 138 I 468) : Dieses Gesetz bezweckt als Spezialregelung zur wettbewerbsrechtlichen Lage und in Anlehnung an die Strommarktliberalisierung in der EU, die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung und einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu schaffen ( Art. 1 Abs. 1 StromVG ). Wesentliches Element ist dabei die Entflechtung von Netzbetrieb und Elektrizitätsproduktion ( Art. 10 ff. StromVG ). Der Netzbetrieb erfolgt durch Netzbetreiber, die durch die Kantone jeweils für ein bestimmtes Gebiet bezeichnet werden ( Art. 5 Abs. 1 StromVG ). Die Verteilnetzbetreiber sind verpflichtet, die festen Endverbraucher und diejenigen Endverbraucher, die auf den Netzzugang verzichten, mit Elektrizität zu beliefern ( Art. 6 Abs. 1 StromVG ), während die übrigen Endverbraucher den Stromlieferanten frei wählen können ( Art. 4 Abs. 1 lit. d und Art. 13 Abs. 1 StromVG ; BGE 142 II 451 E. 4.2.1 S. 464 f.). Der Netzbetrieb muss finanziell und rechnungsmässig von den anderen Tätigkeitsbereichen getrennt werden; Quersubventionierungen sind untersagt ( Art. 6 Abs. 3 Satz 2, Art. 10 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 2 StromVG ). Das Netznutzungsentgelt ist gesetzlich geregelt ( Art. 14 ff. StromVG ). Es setzt sich zusammen aus den anrechenbaren Betriebs- und Kapitalkosten des Netzes sowie den Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen ( Art. 14 Abs. 1 und Art. 15 StromVG ). Rechtsgrundlage für diese Abgaben an Gemeinwesen ist nicht das StromVG selber, sondern die einschlägige Gesetzgebung des jeweils zuständigen Gemeinwesens ( BGE 143 II 283 E. 1.2.4 S. 286 f. ; 138 I 468 E. 2.5 S. 472 f. ; 138 I 454 E. 3.6.3 S. S. 463 f.; Urteil 2C\_116/2014 vom 16. August 2016 E. 13.3.1; TANJA SARAH PETRIK-HALTNER, Spannungsfelder rund um die Stromkosten und -tarife, 2017, S. 314 f.). Sie müssen die üblichen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für eine Abgabenerhebung erfüllen, namentlich eine hinreichende gesetzliche Grundlage ( Art. 127 Abs. 1 BV ; BGE 143 II 283 E. 3 S. 291 ff.; zit. Urteil 2C\_116/2014 E. 12.1; ANDRE SPIELMANN, in: Kratz et al [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, 2016, Art. 14 StromVG Rz. 52). Die Abgaben an Gemeinwesen können grundsätzlich alle beliebigen Abgaben sein, welche das jeweils zuständige Gemeinwesen rechtmässig erhebt (vgl. BGE 143 II 283 E. 2 S. 287 ff. ; 138 I 454 E. 3.6.3 S. 463 f.; 138 II 465 E. 4.6.1 S. 475 f.; SPIELMANN, a.a.O., Art. 14 StromVG Rz. 50). In erster Linie dachte der Gesetzgeber jedoch an Konzessionsabgaben für die Sondernutzung von öffentlichem Grund für Elektrizitätsleitungen (Botschaft vom 3. Dezember 2004 zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz, BBl 2005 1611 ff., 1651 f.; BGE 143 II 283 E. 3.3 S. 291 f. ; 138 I 454 E. 3.7 S. 466 f.; zit. Urteil 2C\_116/2014 E. 13.3.2). Solche Abgaben werden naturgemäss vom Elektrizitätsversorgungsunternehmen, welches die Leitungen betreibt, an das konzessionierende Gemeinwesen entrichtet (vgl. BGE 143 II 283 E. 3.4 S. 292; 138 II 70 E. 6.2 und 6.3 S. 75). Indem der Bundesgesetzgeber aber vorsieht, dass diese Abgaben Bestandteil des Netznutzungsentgeltes sind ( Art. 14 Abs. 1 StromVG ), welches von den Endverbrauchern zu entrichten ist ( Art. 14 Abs. 2 StromVG ; Art. 9 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 [StromVV; SR 734.71]), geht er davon aus, dass diese Abgaben ebenfalls letztlich auf den Endverbraucher überwältzt werden, der sie wirtschaftlich trägt ( BGE 143 II 283 E. 3.4 S. 292; SPIELMANN, a.a.O., Art. 14 StromVG Rz. 5 und 8). Aus diesem Grund sieht das Gesetz ausdrücklich vor, dass diese Abgaben an Gemeinwesen auf der Stromrechnung, welche der Endverbraucher erhält,

transparent ausgewiesen sein müssen ( Art. 6 Abs. 3 Satz 2 und Art. 12 Abs. 2 StromVG ). Nach dem Willen des Bundesgesetzgebers ist somit der Endverbraucher Destinatär der Abgaben, welche der Netzbetreiber dem Gemeinwesen bezahlt (BB1 2005 1652).

#### **E. 4.3**

Es sind demnach in Bezug auf solche Abgaben zwei Rechtsverhältnisse auseinanderzuhalten, nämlich (1) das Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeinwesen, welches die Konzession für die Sondernutzung erteilt, und dem Elektrizitätsversorgungsunternehmen, welches die Leitung betreibt und dafür dem Gemeinwesen eine Konzessionsabgabe entrichtet, und (2) das Rechtsverhältnis zwischen dem Elektrizitätsversorgungsunternehmen und dem Kunden, auf den diese Abgabe als Teil des Netznutzungsentgelts überwältzt wird. Im Rechtsverhältnis (1) ist massgebend, ob die Konzessionsabgabe nach den abgaberechtlichen Grundsätzen rechtmässig ist. Im Rechtsverhältnis (2) ist zu prüfen, ob eine rechtliche Grundlage besteht, um die Abgabe zu überwältzen. Zugleich kann aber in diesem Verhältnis auch vorfrageweise überprüft werden, ob die Abgabe im Rechtsverhältnis (1) rechtmässig erhoben wird ( BGE 143 II 283 E. 3.4 S. 292). Insofern besteht ein Konnex zwischen den beiden Rechtsverhältnissen.

#### **E. 5**

Vorab bringt die Beschwerdegegnerin vor, die Beschwerdeführerin 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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. 6**

In erster Linie ist zu prüfen, ob die vorliegend streitige Abgabe in Wirklichkeit, wie die Beschwerdegegnerin vorbringt, eine verfassungswidrige Konsumsteuer zu Lasten des

Verbrauchers ist.

### **E. 6.1**

Gemäss Art. 134 BV dürfen die Kantone und Gemeinden nicht mit gleichartigen Steuern belasten, was die Bundesgesetzgebung als Gegenstand der Mehrwertsteuer ( Art. 130 BV ), der besonderen Verbrauchssteuern ( Art. 131 BV ) sowie der Stempelsteuer und der Verrechnungssteuer ( Art. 132 BV ) bezeichnet oder für steuerfrei erklärt. In die Beurteilung der Gleichartigkeit fliessen die charakteristischen Elemente ein, namentlich das Steuersubjekt, Ziel und Zweck der Steuer, Steuerobjekt, Bemessungsgrundlage und Erhebungsart (BEHNISCH, Basler Kommentar BV, Art. 134 Rz. 5; VALLENDER/CAVELTI, St. Galler BV Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 134 Rz. 6; SUSANNE RAAS, in: Zweifel et al, Kommentar MWSTG, 2015, Art. 2 Rz. 6). Entscheidend ist, wie stark die betreffende Abgabe in ihrer gesamten Ausgestaltung der entsprechenden bundesrechtlichen Steuer gleicht (Urteil 2P.101/2000 vom 27. November 2000 E. 2a).

### **E. 6.2**

In Frage kommt vorliegend nur eine Gleichartigkeit mit der Mehrwertsteuer in ihrer Ausgestaltung als Inlandsteuer.

#### **E. 6.2.1**

Das Wesen der Inlandsteuer besteht darin, dass sie auf dem Entgelt für erbrachte Leistungen erhoben wird ( Art. 1 Abs. 2 lit. a und Art. 24 MWSTG ), wobei die Steuer grundsätzlich alle Leistungen erfasst ( Art. 18 Abs. 1 MWSTG ) und wirtschaftlich vom Endverbraucher getragen werden soll ( Art. 1 Abs. 3 lit. c MWSTG ). Erfasst werden soll damit die Wertschöpfung, die mit der Leistung verbunden ist. In der bisherigen Rechtsprechung wurde die Gleichartigkeit mit der Mehrwertsteuer verneint bei Abgaben auf alkoholischen Getränken bzw. gebranntem Wasser, weil diese keine allgemeine Verbrauchssteuern waren und sich in der Bemessungsgrundlage unterschieden, indem die Abgaben nicht nach der Wertschöpfung, sondern nach Volumen bzw. Menge erhoben wurden (Urteile 2C\_467/2008 vom 10. Juli 2009 E. 8.2; 2C\_466/2008 vom 10. Juli 2009 E. 9.2; 2P.316/2004 vom 31. Oktober 2005 E. 3.2); eine Abgabe auf Abfall, weil damit weder ein Preis für eine Ware noch ein Entgelt für eine Dienstleistung besteuert wurde, sondern die Menge der abgelieferten Abfälle ( BGE 125 I 449 E. 2d S. 452 f.); eine "Armensteuer", die als Zuschlag auf dem Bruttoertrag von gewissen Vergnügungsveranstaltungen erhoben wurde, weil es nicht eine allgemeine Konsumsteuer, sondern eine Spezialsteuer auf bestimmten Veranstaltungen war ( BGE 122 I 213 E. 3d und e S. 219 ff.).

#### **E. 6.2.2**

Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die streitige Abgabe werde direkt bei den Stromkunden erhoben und knüpfe an deren individuellen Stromverbrauch an. Sie habe somit das gleiche Steuerobjekt wie die Mehrwertsteuer. Auch die Bemessungsgrundlage (Entgelt für den Strombezug bzw. die Netznutzung) sei identisch. Schliesslich werde der gleiche Steuerträger (Konsument bzw. Endverbraucher) belastet. Die Abgabe sei daher gleichartig wie die Mehrwertsteuer und deshalb verfassungswidrig.

#### **E. 6.2.3**

Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin gemäss Konzessionsvertrag vom 13./28. Januar 1993 der Gemeinde Konzessionsgebühren im

Umfang von 3 % der erzielten Einnahmen zu bezahlen. Aus dem Vertrag ergibt sich zudem ( Art 105 Abs. 2 BGG ), dass die CKW sich verpflichtet, im Gemeindegebiet elektrische Energie zu liefern (Art. 1b) und umgekehrt die Gemeinde der CKW das ausschliessliche Recht erteilt, das der Verfügungsgewalt der Gemeinde unterstehende Grundeigentum für die Erstellung und den Betrieb von Starkstromanlagen zu benützen (Art. 1c). Für die Erteilung der Konzession gemäss Art. 1 verpflichtet sich die CKW, der Gemeinde Konzessionsgebühren zu bezahlen, die einen bestimmten Prozentsatz der "Energieabgabe" beträgt (Art. 9a), womit offensichtlich der Preis gemeint ist, den die Endverbraucher der CKW für den gelieferten Strom bezahlen (vgl. auch Urteil 2C\_824/2015 Lit. A).

#### **E. 6.2.4**

Der Beschwerdegegnerin ist zuzustimmen, dass sich die Abgabe aus der Sicht des Endverbrauchers ähnlich auswirkt wie die Mehrwertsteuer: Ein bestimmter Anteil des Preises, den der Endverbraucher der CKW bezahlt, fliesst im Ergebnis an die Gemeinde. Indessen sind sowohl das Abgabeobjekt als auch die Zielsetzung andere als bei der Mehrwertsteuer: Die Konzessionsabgabe ist eine Gegenleistung der CKW dafür, dass sie den öffentlichen Boden der Gemeinde für ihre Leitungen benützen kann. Sie ist daher keine Steuer, sondern eine Kausalabgabe, nämlich die Gegenleistung für die erteilte Konzession (PHYLLIS SCHOLL, Konzessionsabgaben für die Nutzung öffentlichen Grund und Bodens durch elektrische Leitungen, Jusletter, 30. November 2015, Rz. 5). Zwar ist Bemessungsgrundlage gleich wie bei der Mehrwertsteuer die "Energieabgabe", die der Endverbraucher der CKW bezahlt. Abgabeobjekt ist aber nicht das Entgelt für die gelieferte Energie (dieses ist nur Bemessungsgrundlage), sondern die Konzessionserteilung. In mehrwertsteuerrechtlicher Terminologie ist die Abgabe nicht eine Steuer auf dem Entgelt für eine Lieferung oder Dienstleistung ( Art. 3 lit. d-f MWSTG ), sondern sie ist selber das Entgelt für eine Dienstleistung, nämlich das Überlassen von Rechten ( Art. 3 lit. e Ziff. 1 MWSTG ). Gläubigerin ist die Gemeinde als konzessionierendes Gemeinwesen, Schuldnerin die CKW als Konzessionärin, auch wenn die Abgabe letztlich vom Endverbraucher getragen wird (vorne E. 4.2; vgl. BGE 143 II 283 E. 3.4 S. 292). Zwar ist es wirtschaftlich gesehen verständlich, wenn die Beschwerdegegnerin davon spricht, die CKW leiste lediglich das Inkasso für eine Zahlung, die letztlich der Gemeinde zukomme (SCHOLL, a.a.O., Rz. 1; SPIELMANN, a.a.O., Art. 14 StromVG , Rz. 53 Fn. 84). Dies ist aber die Folge des vom Bundesgesetzgeber vorgesehenen Systems, wonach die Abgaben, die der Netzbetreiber dem Gemeinwesen zu entrichten hat, auf den Endverbraucher überwältzt werden (vorne E. 4.2). Insoweit fungiert der Verteilnetzbetreiber generell als Inkassostelle für alle mit der Netznutzung verbundenen Kosten (SPIELMANN, a.a.O., Art. 14 StromVG Rz. 8; PETRIK-HALTNER, a.a.O., S. 280). Daraus kann aber entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht gefolgert werden, dass der Konzessionsvertrag in Bezug auf die Konzessionsabgabe nicht den wirklichen Willen der Parteien Gemeinde und CKW wiedergebe, sondern simuliert sei. Dass die Abgabe auf dem Stromverbrauch erhoben wird, stellt nicht den Charakter der Abgabe als Konzessionsabgabe in Frage (vgl. BGE 131 I 386 E. 3.5 S. 392 für eine ähnlich konzipierte Abgabe), sondern betrifft die Frage nach der inhaltlichen Zulässigkeit der Ausgestaltung dieser Abgabe (dazu hinten E. 8). Von einer gleichgearteten Abgabe wie der Mehrwertsteuer kann daher nicht gesprochen werden.

#### **E. 7**

Zu prüfen ist sodann, ob die Abgabe, welche die Gemeinde von der Beschwerdeführerin erhebt, eine genügende gesetzliche Grundlage hat.

### **E. 7.1**

Das abgaberechtliche Legalitätsprinzip ( Art. 127 Abs. 1 BV ) verlangt, dass der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Abgabe und deren Bemessung in den Grundzügen im formellen Gesetz enthalten sein muss. Nach der Rechtsprechung können die Vorgaben betreffend die formellgesetzliche Bemessung der Abgaben bei gewissen Arten von Kausalabgaben gelockert werden, wo das Mass der Abgabe durch überprüfbare verfassungsrechtliche Prinzipien (Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip) begrenzt wird und nicht allein der Gesetzesvorbehalt diese Schutzfunktion erfüllt. Die Tragweite des Legalitätsprinzips ist je nach Art der Abgabe zu nuancieren. Dabei darf das Legalitätsprinzip weder seines Gehalts entleert noch in einer Weise überspannt werden, dass es mit der Rechtswirklichkeit und dem Erfordernis der Praktikabilität in einen unlösbaren Widerspruch gerät ( BGE 143 II 283 E. 3.5 S. 292).

### **E. 7.2**

Die Vorinstanz erblickt die gesetzliche Grundlage in Art. 6 des Reglements der Gemeinde Emmen vom 1. Februar 2000 über die vorübergehende und die dauernde Benützung des öffentlichen Grundes sowie im zwischen der Gemeinde Emmen und der Beschwerdeführerin abgeschlossenen Konzessionsvertrag vom 13./28. Januar 1993, die beide dem fakultativen Referendum unterstanden.

#### **E. 7.2.1**

Die Beschwerdeführerin bejaht mit der Vorinstanz grundsätzlich das Vorliegen einer genügenden gesetzlichen Grundlage, rügt allerdings, die Vorinstanz habe verkannt, dass der Vertrag per 1. Januar 2010 abgeändert worden sei und seither die Abgabe nicht mehr auf den Stromeinnahmen, sondern nur noch auf der Netznutzung erhoben werde.

#### **E. 7.2.2**

Die Beschwerdegegnerin rügt, Art. 6 des Reglements enthalte keine Bemessungsgrundlage für die in Frage stehende Abgabe und genüge somit nicht als gesetzliche Grundlage. Der Konzessionsvertrag, der die Abgabe erst im Detail regle, sei kein Rechtssatz, sondern ein individuell-konkreter Rechtsanwendungsakt und deshalb keine hinreichende gesetzliche Grundlage. Art. 9 des Konzessionsvertrags sei ohnehin simuliert, weil in Wirklichkeit die Abgabe direkt beim Endkunden erhoben werden sollte; die Vertragsparteien könnten aber nicht einem am Vertrag nicht beteiligten Dritten Verpflichtungen auferlegen ( Art. 111 OR analog). Sodann habe die Beschwerdeführerin selber mit ihrer letztinstanzlich erfolglos gebliebenen Klage (Urteil 2C\_824/2015) gegen die Gemeinde Emmen geltend gemacht, deren Abgabeforderung sei rechtswidrig. Der Konzessionsvertrag sei auch nicht per 1. Januar 2010 geändert, sondern von der Beschwerdeführerin einseitig angepasst worden.

### **E. 7.3**

Im Urteil 2C\_824/2015 wurde festgestellt, dass die CKW den Gemeinden eine Änderung des Konzessionsvertrags vorgeschlagen hatte, ein neuer Konzessionsvertrag mit der Gemeinde Emmen aber nicht zustande gekommen sei. Die CKW habe mit einseitig vorgenommenen Anpassungen weiterhin die Konzessionsgebühren an die Gemeinde geleistet. In der Folge befasste sich dieses Urteil nur mit der Frage, ob die CKW diese Leistungen zurückverlangen könne mit der Begründung, der geltende Konzessionsvertrag

sei keine genügende gesetzliche Grundlage für die Gebührenerhebung. Die Rückforderung wurde schon deswegen verneint, weil die Beschwerdeführerin bei der Zahlung nicht im Irrtum über die Rechtmässigkeit gewesen sei, was Voraussetzung für die Kondiktion wäre (E. 3). Dazu, ob die Leistung tatsächlich rechtmässig gewesen sei oder nicht, äusserte sich weder das Urteil des Kantonsgerichts noch dasjenige des Bundesgerichts. Dies ist im Folgenden zu prüfen.

#### **E. 7.4**

Soweit die Beschwerdegegnerin vorbringt, der Konzessionsvertrag sei simuliert, ist dies unbegründet (vgl. vorne E. 6.2.4).

#### **E. 7.5**

Art. 6 des kommunalen Reglements lautet: "1 Für jede vorübergehende oder dauernde Benützung des öffentlichen Grundes wird eine Gebühr erhoben. Abweichende Sonderregelungen dieses Reglements bleiben vorbehalten. 2 Die Gebühr ist von der gesuchstellenden Person zu entrichten." Art. 10 regelt die Konzessionen für dauernde Benützungen des öffentlichen Grundes, namentlich durch Bauten (Abs. 1) sowie Hausanschlussleitungen (Abs. 2). Art. 10 Abs. 3 lautet sodann: "Vorbehalten bleiben Sonderregelungen für Werkleitungen von Versorgungsbetrieben (Gas, Wasser, Elektrizität usw.)." Das Reglement regelt weder Höhe noch Bemessungsgrundlage der Gebühr. Es genügt demnach nicht als gesetzliche Grundlage ( BGE 143 II 283 E. 3 S. 291 ff.).

#### **E. 7.6**

Demgegenüber enthält der Konzessionsvertrag, welcher gemäss verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz dem fakultativen Referendum unterlag, in seinem Art. 9 hinreichend präzise die Abgabepflichtige (CKW), den Gegenstand der Abgabe (Erteilung der Konzession) und deren Bemessung (3, 4 oder 6 % der Energieabgabe). Die Frage ist, ob ein dem Referendum unterstellter Vertrag eine hinreichende gesetzliche Grundlage für eine Gebührenerhebung darstellen kann.

##### **E. 7.6.1**

Nach der Rechtsprechung sind öffentlich-rechtliche Verträge zulässig, sofern das Gesetz für sie Raum lässt bzw. den Vertrag nicht ausschliesst und sofern der Vertrag nicht inhaltlich gegen zwingende Rechtsvorschriften verstösst ( BGE 103 Ia 31 E. 2b S. 34 f.; 103 Ia 505 E. 3a S. 512 f. ; 136 I 142 E. 4.1 S. 146 f.). Der Vertrag muss nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, die er im Einzelfall konkretisiert, die geeignetere Handlungsform sein als die Verfügung; sein Inhalt darf nicht gegen eine gültige Rechtsnorm verstossen und muss auf einem generell-abstrakten, genügend bestimmten Rechtssatz beruhen, der in Form eines Gesetzes erlassen worden sein muss, wenn es sich um eine wichtige Regelung handelt. Die Grundlage im Gesetz kann aber bei Verträgen im Allgemeinen schmäler sein als bei Verfügungen, weil staatliche Eingriffe in die Rechte der Privaten weniger intensiv und damit weniger wichtig sind, wenn die Betroffenen ihnen zustimmen ( BGE 136 I 142 E. 4.1 S. 146 f.). In besonderen Fällen kann ein verwaltungsrechtlicher Vertrag somit auch dann abgeschlossen werden, wenn keine Norm ausdrücklich dazu ermächtigt, und es darf eine Vertragspartei auch zu Leistungen oder öffentlichen Abgaben verpflichtet werden, die ihr die Behörde mittels Verfügung nicht auferlegen könnte; doch müssen die vertraglich vereinbarten Leistungen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen ( BGE 136 I 142 E. 4.2 S. 147 f.; Urteil 2A.414/2006 vom 19. März 2008 E. 8.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, S. 288). So ist es

nach der Praxis zulässig, vertragliche Vereinbarungen über Erschliessungsgebühren zu treffen, auch wenn die Privaten damit einen höheren Beitragssatz akzeptieren als im kommunalen Reglement vorgesehen wäre ( BGE 136 I 142 E. 4.2 S. 147 f.; 105 Ia 207 E. 2a S. 209 f.; 103 Ia 505 E. 3a S. 513; Urteile 1C\_61/2010 vom 2. November 2010 E. 3.2; 1P.360/2006 vom 15. Januar 2007 E. 5.3). Ebenso wurde ein Vertrag über gesetzlich noch nicht vorgesehene Lenkungsabgaben als zulässig erachtet ( BGE 136 I 142 E. 4.3 und 4.4 S. 148 f.; Urteil 1C\_363/2009 vom 4. Januar 2010 E. 3.4). Ferner stellt ein von der Gemeindeversammlung genehmigter Vertrag, mit dem eine Gemeinde die Elektrizitäts- oder Wasserversorgung einem Konzessionär überträgt und die von den Elektrizitäts- oder Wasserbezügern zu entrichtenden Gebühren regelt, eine genügende gesetzliche Grundlage für die Erhebung dieser Gebühren dar (Urteile 2C\_518/2012 vom 23. November 2012 E. 2.1, nicht publ. in: BGE 138 I 468 ; 2C\_1061/2015 vom 9. Januar 2017 E. 3.2.1; 2C\_160/2014 vom 7. Oktober 2014 E. 4 und 5.3; 2C\_404/2010 vom 20. Februar 2012 E. 4.2; anders wenn keine Konzession vorliegt, Urteil 2P.200/1994 vom 9. Juni 1995 E. 5b).

### **E. 7.6.2**

Im Lichte dieser Rechtsprechung ist es auch zulässig, die nähere Ausgestaltung der gesetzlich vorgesehenen, für Sondernutzungskonzessionen zu entrichtenden Gebühren vertraglich festzulegen: Solchen Konzessionen ist immanent, dass sie sowohl vertragliche als auch hoheitliche Elemente aufweisen und in der Regel durch Vertrag vereinbart werden, wobei für beide Parteien gegenseitige Rechte und Pflichten festgelegt werden ( BGE 135 II 49 E. 5 S. 56 ff.; 130 II 18 E. 3.1 S. 21; 126 II 171 E. 4c/bb S. 182; 109 II 76 E. 2 S. 77; Urteil 2A.414/2006 vom 19. März 2008; vgl. z.B. im Zusammenhang mit Wasserrechtskonzessionen Urteile 2C\_825/2013 und 2C\_828/2013 vom 24. März 2014; 2C\_815/2012 vom 24. Juni 2013; 2C\_258/2011 vom 30. August 2012; 2E\_3/2009 vom 11. Juli 2011), namentlich auch die Vergütungen, die der Konzessionär dem Gemeinwesen entrichtet (vgl. BGE 143 II 120 E. 4 S. 123 ff.). Das gilt insbesondere auch für den vorliegenden Vertrag: Die Gemeinde erteilt der CKW das Recht, ihren öffentlichen Grund für Leitungen zu benutzen und verpflichtet sich, selbst keine solche Anlagen zu errichten (Art. 1c). Die CKW ihrerseits verpflichtet sich, im Gemeindegebiet elektrische Energie zu liefern (Art. 1b) und der Gemeinde Konzessionsgebühren zu entrichten (Art. 9a). Der Vertrag konkretisiert damit in zulässiger Weise den bereits im kommunalen Reglement enthaltenen Grundsatz, dass für die Benützung des öffentlichen Grundes Gebühren erhoben werden. Indem der Vertrag dem Referendum unterlag, war für die Stimmberechtigten die Höhe der Gebühr im Detail ersichtlich und der demokratischen Willensbildung zugänglich. Ein solcher Vertrag bildet daher eine genügende gesetzliche Grundlage für die Erhebung der Gebühr (ebenso SCHOLL, a.a.O., Rz. 22).

### **E. 7.7**

Insgesamt ergibt sich, dass die Abgabe im Rechtsverhältnis zwischen Gemeinde und Beschwerdeführerin eine genügende gesetzliche Grundlage hat. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob sie inhaltlich rechtmässig ist.

### **E. 8**

Zu prüfen ist zunächst, ob die Abgabe das Äquivalenzprinzip verletzt.

#### **E. 8.1**

Die Vorinstanz verneint die Äquivalenz mit folgender Argumentation: Die Abgabe knüpfe gemäss Konzessionsvertrag an die Einnahmen aus der vom Endkunden bezogenen

Elektrizität an und verwende einen unterschiedlichen Tarif je nach Art des Endkunden (Haushalt, Gewerbe und Landwirtschaft 6 %, allgemeine Industrie 4 %, Grossindustrie 3 %). Der Tarif richte sich somit nach der Höhe der Einnahmen der Beschwerdeführerin aus der Belieferung mit Elektrizität; zudem sei er degressiv nach der Quantität der Stromeinnahmen. Das Abstellen einzig auf die Stromeinnahmen stelle keinen hinreichenden Bezug zur Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes dar. Zulässig wäre es, auf das Volumen der transportierten Energie anstatt auf die daraus generierten Einnahmen abzustellen. Ein alleiniges Anknüpfen an die Einnahmen aus der Stromlieferung lasse aber ausser Acht, wofür die Abgabe erhoben werde, nämlich die Benützung des öffentlichen Grundes. Sie würde zudem dazu führen, dass der Konzessionär von Marktschwankungen direkt betroffen würde, ohne dass ein Bezug zur Nutzung des öffentlichen Grundes ausgemacht werden könne. Schon aus diesem Grund sei die Tarifierung unzulässig. Zudem vermöge sich die degressive Abstufung anhand des gelieferten Volumens nicht auf stichhaltige Gründe zu stützen, komme doch dadurch für Grosskunden ohne sachliche Rechtfertigung ein bevorzugter Tarif zur Anwendung. Die Regelung erweise sich daher als willkürlich.

## **E. 8.2**

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung: Entgegen der Annahme der Vorinstanz werde die Konzessionsabgabe nicht mehr auf der gesamten Energieabgabe erhoben: Per 1. Januar 2010 sei der Konzessionsvertrag geändert worden; seither werde die Konzessionsabgabe nicht mehr auf den Stromeinnahmen, sondern nur noch auf der Netznutzung erhoben. Sie stelle somit nicht auf die Stromeinnahmen bzw. die Stromlieferungen ab, sondern sie richte sich nach der Menge der durch das Verteilnetz geleiteten Elektrizität; sie unterliege auch nicht Marktschwankungen, da die anrechenbaren Kosten der Netznutzung von der ElCom geprüft würden. Bei dieser Sachlage richte sich die Abgabe in Wirklichkeit nach einem Anknüpfungspunkt, welchen die Vorinstanz ausdrücklich als zulässig bezeichne. Sie habe einen hinreichenden Bezug auf die staatliche Leistung, welche der Abgabe zugrunde liege. Zudem habe es die Vorinstanz unterlassen, auf die effektiv erhobene Höhe der Abgabe abzustellen. Sie habe damit die Zwecksetzung des Äquivalenzprinzips nicht berücksichtigt. Das Bundesgericht habe im Urteil 2C\_116/2014 eine Abgabe in der Grössenordnung von 0,7-0,8 Rp./kWh als zulässig erachtet. Die von der Gemeinde Emmen erhobene Konzessionsabgabe bewege sich durchschnittlich in der gleichen Bandbreite und verletze das Äquivalenzprinzip nicht. Schliesslich sei auch die Abstufung der Tarife zulässig, da Haushalte, Gewerbe und Landwirtschaft die Netzebene 7 benützten, Industriebetriebe die Netzebene 5 und Grossindustrien die Netzebene 3. Die tiefer tarifierten Kunden würden daher die Netzebene 7 und die dafür benötigte Infrastruktur und den entsprechenden öffentlichen Grund nicht beanspruchen. Es liege damit ein sachlicher Grund für die unterschiedliche Tarifierung vor, auch wenn aus historischen Gründen im Einzelfall ein Betrieb an eine andere Netzebene angeschlossen sein möge.

## **E. 8.3**

Zu prüfen ist vorweg die Rüge der offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung.

### **E. 8.3.1**

Die Beschwerdegegnerin bestreitet, dass der Konzessionsvertrag per. 1. Januar 2010 geändert worden sei. Im Gegenteil sei gerichtsnotorisch (Urteil 2C\_824/2015) diese

Vertragsänderung nicht zustande gekommen; vielmehr habe die Beschwerdeführerin den Vertrag einseitig abgeändert. Gesetzliche Grundlage, welche einer rechtmässigen Abgabenerhebung zugrunde liegen müsse, sei nach wie vor der unveränderte Konzessionsvertrag von 1993. Im Urteil 2C\_824/2015 wurde in der Tat festgestellt, dass die CKW den Gemeinden eine Änderung des Konzessionsvertrags von 1993 vorgeschlagen hatte, ein neuer Konzessionsvertrag mit der Gemeinde Emmen aber nicht zustande kam; die CKW leistete weiterhin Konzessionsgebühren an die Gemeinde, aber mit einseitig vorgenommenen Anpassungen. Die Frage, ob bzw. in welcher Form der Konzessionsvertrag gilt, ist von Relevanz für die Frage der gesetzlichen Grundlage; für die Frage, ob das Äquivalenzprinzip eingehalten sei, ist sie jedoch nicht ausschlaggebend, aus folgendem Grund:

### **E. 8.3.2**

Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren ist nicht abstrakt die Rechtmässigkeit eines Vertrags oder eines Gesetzes, sondern eine konkrete Forderung, welche die Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin erhebt. Zu prüfen ist, ob diese Forderung rechtmässig ist. Auch die Frage, ob das Äquivalenzprinzip eingehalten ist, beurteilt sich nur für die eingeklagte Forderung. Wäre das Äquivalenzprinzip lediglich in Bezug auf eine Abgabekomponente verletzt, die zwar im Vertrag vorgesehen, aber konkret gar nicht eingeklagt ist, wäre dies kein Grund für eine Klageabweisung.

### **E. 8.3.3**

Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Beschwerdeführerin den Betrag von Fr. 46'401.42 (für die Zeitdauer von August 2009 bis Oktober 2010) eingeklagt hat; sie hat aber nicht im Einzelnen aufgeschlüsselt, wie sich dieser Betrag zusammensetzt. Dies ergibt sich jedoch aus den bei den Akten liegenden Unterlagen (Klage vom 3. Juni 2015 sowie Klagebeilagen 12/1-12/15; Art. 105 Abs. 2 BGG) : Demnach hat die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin bis Dezember 2009 eine Konzessionsabgabe von 3 % sowohl für die Elektrizitätslieferung als auch für die Netznutzung in Rechnung gestellt, ab Januar 2010 jedoch nur noch für die Netznutzung. Der eingeklagte Betrag bemisst sich somit teilweise nach den Einnahmen aus der Stromlieferung, teilweise aus den Einnahmen aus der Netznutzung. Die Argumentation der Vorinstanz, wonach die Abgabe das Äquivalenzprinzip verletze, weil sie an die Einnahmen aus der Stromlieferung anknüpfe, kann demnach von vornherein nur auf einen (kleineren) Teil der eingeklagten Forderung zutreffen. Umgekehrt ist auch die Argumentation der Beschwerdeführerin, die Abgabe betreffe nur die Netznutzung, nur in Bezug auf einen Teil der eingeklagten Forderung richtig.

### **E. 8.4**

Zu prüfen bleibt die Rechtsfrage, ob die eine oder andere Komponente oder beide das Äquivalenzprinzip verletzen.

#### **E. 8.4.1**

Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot für den Bereich der Kausalabgaben ( Art. 5 Abs. 2 und Art. 9 BV ). Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss. Der Wert der Leistung bemisst sich nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum

gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen. Es ist nicht notwendig, dass die Gebühren in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen; sie sollen indessen nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind (vgl. zum Ganzen BGE 143 I 220 E. 5.2.2 S. 225 ; 143 I 147 E. 6.3.1 S. 158 ; 141 I 105 E. 3.3.2 S. 108 f.). Dabei bleibt aber eine gewisse Pauschalierung oder Schematisierung zulässig und ist auch mit der Rechtsgleichheit vereinbar ( BGE 139 I 138 E. 3.5 S. 142 f.; 138 II 111 E. 5.3.4 S. 126 f. ; 137 I 257 E. 6.1.1 S. 269 ; 129 I 290 E. 3.2 S. 296).

#### **E. 8.4.2**

Im besonderen in Bezug auf die Einräumung von Sondernutzungskonzessionen für den öffentlichen Grund bemisst sich die Äquivalenz nach dem wirtschaftlichen Nutzen für den Konzessionär. Dieser ist verhältnismässig einfach zu ermitteln, wenn für die Leistung ein Marktwert besteht ( BGE 122 I 279 E. 6c S. 289 f.; Urteile 2C\_900/2011 vom 2. Juni 2012 E. 4.3; 1P.645/2004 vom 1. Juni 2005 E. 4). Da aber für die Benützung des öffentlichen Grundes oft kein Marktwert besteht (a.M. SCHOLL, a.a.O., Rz. 15), ist eine solche Vergleichsrechnung nur eingeschränkt möglich (vgl. dazu BGE 143 II 283 E. 3.7.3 S. 294; Urteil 2C\_279/2013 vom 3. April 2013 E. 4.4 und 4.5). In der Rechtsprechung werden unterschiedliche Grössen herangezogen, um den Wert von Sondernutzungskonzessionen zu bemessen, so z.B. der Preis, den der Konzessionär von seinen Mietern oder Kunden erheben kann (Urteil 2P.13/2005 vom 21. Juni 2005 E. 3.5; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. 3, S. 131), der Aufwand, den der Private betreiben müsste, um selber eine analoge Anlage zu erstellen (Urteil 2A.414/2006 vom 19. März 2008 E. 9 und 10), die Fläche und der Landwert des beanspruchten Bodens (Urteile 2C\_329/2008 vom 15. Oktober 2008 E. 4.3; 2C\_439/2014 vom 22. Dezember 2014 E. 6; 2C\_729/2013 vom 3. April 2014 E. 5) oder der Nutzen, den der Konzessionär zieht (Urteil 2C\_900/2011 vom 2. Juni 2011 E. 5; PETER KARLEN, Konzessionsabgaben, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Die Konzession, 2017, S. 82 f.). Es gibt mithin nicht nur eine einzige richtige Lösung, sondern verschiedene sachlich haltbare und vertretbare Möglichkeiten für die Bemessung von Konzessionsabgaben.

#### **E. 8.4.3**

Vorliegend geht es um eine Konzessionsabgabe, welche das Energieversorgungsunternehmen an die Gemeinde bezahlt als Gegenleistung für das Recht, den öffentlichen Grund für die Leitungen benützen zu dürfen (vorne E. 4.2 und 6.2.4). Von Bundesrechts wegen ist jedoch vorgesehen, dass das Netznutzungsentgelt vom Endverbraucher zu entrichten ist ( Art. 14 Abs. 2 StromVG ). Aus diesem bundesrechtlich vorgegebenen System ergibt sich, dass die Äquivalenz der Abgabe nicht ausschliesslich aus der Optik des Energieversorgungsunternehmens zu beurteilen ist, sondern auch aus der Optik des Endverbrauchers, welcher der Destinatär der Abgabe ist und diese letztlich bezahlt (vgl. BGE 143 II 283 E. 2.3.4 und 5 S. 290 ff.).

#### **E. 8.4.4**

Bemisst man die Abgabe nach der Leistung, welche das Gemeinwesen erbringt, sollte sie einen Bezug haben zur Inanspruchnahme des öffentlichen Bodens ( BGE 138 II 70 E. 7.3 S. 76 f.), d.h. zur Länge der Leitungen bzw. der Fläche des dafür beanspruchten öffentlichen

Bodens (zit. Urteil 2C\_329/2008). Der Nutzen der Leitung sowohl für die Energieversorgungsunternehmen (Abgabenschuldner) als auch für die Endkunden (Abgabendestinatär) liegt jedoch darin, dass Elektrizität transportiert bzw. bezogen werden kann. Bemisst man die Abgabe nach dem Nutzen für den Konzessionär oder für den Endverbraucher, sollte sie deshalb einen Bezug haben zur Menge des Stromes, der durch diese Leitungen transportiert wird, bzw. zum wirtschaftlichen Nutzen, der dadurch erzielt werden kann. Die Inanspruchnahme des öffentlichen Bodens ist nur indirekt von Interesse. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass das Netznutzungsentgelt, welches der Netzbetreiber vom Endkunden erheben kann, nach der zwingenden bundesrechtlichen Vorgabe distanzunabhängig sein muss ( Art. 14 Abs. 3 lit. b StromVG ; sog. "Briefmarkenprinzip"; BBl 2005 1652; SPIELMANN, a.a.O., Art. 14 StromVG , Rz. 33 f.). Die Länge der Leitungen, die ein konkreter Elektrizitätskonsument (indirekt) beansprucht, darf also gerade kein Kriterium sein für die Festlegung des Netznutzungstarifs. Dieser wird beim Stromkonsumenten vielmehr nach Massgabe seines Elektrizitätsverbrauchs und dem Mittelwert der monatlichen Höchstleistungen (sowie einem fixen Grundtarif pro Einspeisepunkt) bemessen ( Art. 15 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 1 StromVV ). Auch die Summe der Netznutzungsentgelte, welche der Verteilnetzbetreiber von seinen Endkunden erhält, ist folglich distanzunabhängig. Bemisst man die Abgabe nach dem Nutzen für den Konzessionär, ist somit die Länge der Leitungen bzw. die dafür beanspruchte Fläche kein relevantes Kriterium für die Bemessung der Abgabe.

#### **E. 8.4.5**

Je nachdem, ob eher die Leistung des Gemeinwesens (Zurverfügungstellen öffentlichen Grundes) oder eher der Nutzen des Konzessionärs bzw. des Endverbrauchers (Erzielen von Netznutzungsentgelten bzw. Nutzen aus der Durchleitung von Strom) betrachtet wird, können daher unterschiedliche Modelle für die Bemessung der Konzessionsabgabe sachlich vertretbar sein. Das Äquivalenzprinzip verlangt einen sachlich haltbaren Anknüpfungspunkt für die Bemessung der Abgabe, lässt aber nicht nur eine mögliche Lösung zu. Dementsprechend hat das Bundesgericht erwogen, die Abgabe dürfe nach Massgabe der transportierten Elektrizitätsmenge (also unabhängig von der beanspruchten Fläche) bemessen werden, was auch einer verbreiteten Praxis entspreche ( BGE 138 II 70 E. 7.3; S. 76 f.; zit. Urteil 2C\_116/2014 E. 9.4.2; SCHOLL, a.a.O., Rz. 17). Der Umstand, dass im Endergebnis alle Stromendverbraucher eine gleich hohe Abgabe bezahlen, unabhängig von der Ausdehnung des von ihnen konkret in Anspruch genommenen Verteilnetzes, ist deshalb keine Verletzung von Art. 8, 9 oder 127 BV (zit. Urteil 2C\_116/2014 E. 12.2.2). Umgekehrt ist es aber auch zulässig, die effektiv beanspruchte Fläche öffentlichen Grundes zu berücksichtigen (zit. Urteil 2C\_116/2014 E. 9.4.2), da dies dem effektiven Motiv der Abgabe, nämlich der Beanspruchung des öffentlichen Grundes, Rechnung trägt (vgl. zit. Urteil 2C\_329/2008).

#### **E. 8.5.1**

Die Vorinstanz geht in Übereinstimmung mit der dargelegten Praxis des Bundesgerichts davon aus, ein Anknüpfen der Abgabe an die transportierte Menge wäre zulässig. Sie erachtet aber die Anknüpfung an die Einnahmen aus der Stromlieferung als unzulässig. Die Argumentation der Vorinstanz ist zunächst unpräzise, da die streitige Abgabe nur zum kleineren Teil an die Einnahmen aus Stromlieferung, mehrheitlich jedoch an diejenigen aus der Netznutzung anknüpft (vorne E. 8.3.3). Zudem ist die Argumentation der Vorinstanz in sich widersprüchlich: Denn die Einnahmen des Energieversorgungsunternehmens sind

nichts anderes als das Entgelt für die gelieferte und transportierte Energie bzw. die beanspruchte Leistung. Ob ein bestimmter Betrag pro kWh oder kW festgelegt wird oder ein bestimmter Prozentsatz der Einnahmen aus Stromlieferung und Netzbetrieb, läuft letztlich auf dasselbe hinaus. In beiden Fällen korrespondiert die Abgabe mit der transportierten bzw. ausgespeisten Elektrizität und damit auch mit der Beanspruchung des öffentlichen Grundes. Wenn das eine zulässig ist, muss auch das andere zulässig sein. Wohl hängt bei der Bemessung gemäss Konzessionsvertrag die Höhe der Abgabe nicht nur von der Energiemenge, sondern auch vom Strom- bzw. Netznutzungspreis ab. Von vornherein unzutreffend ist in diesem Zusammenhang aber die Argumentation der Vorinstanz, Konzessionsgeber und Netzbetreiber würden dadurch von Marktschwankungen betroffen: Denn sowohl die Preise für die Netznutzung als auch diejenigen für die Stromlieferung in der Grundversorgung (in welcher die Beschwerdegegnerin in der fraglichen Zeit war) sind nicht Marktpreise, sondern gesetzlich geregelte und von der EICom regulierte kostenbasierte Tarife (Art. 6 Abs. 3-5, Art. 14 f., Art. 22 Abs. 2 lit. a und b StromVG ; BGE 142 II 451 E. 4 S. 464 ff.; 140 II 415 E. 5 S. 419 ff.; 138 II 465 ). Im Übrigen ist die Bemessung in Prozenten der Einnahmen nicht eine Frage des Anknüpfungspunktes, sondern eine Frage der Höhe der Abgabe: Auch wenn die Gemeinde die Abgabe in einem bestimmten Geldbetrag pro kWh oder kW berechnete, wäre es mit dem Äquivalenzprinzip nicht per se im Widerspruch, wenn sie die Abgabe erhöht (vgl. BGE 131 I 386 ) oder reduziert, um sie einem höheren oder tieferen Strompreis anzupassen: Denn der Nutzen des Energieversorgungsunternehmens hängt wesentlich davon ab, wie hoch seine dank der Konzession erzielten Einnahmen sind (vorne E. 8.4.2-8.4.4; vgl. zit. Urteil 2P.13/2005 E. 3.5). Es ist daher auch sachlich gerechtfertigt, die Abgaben direkt an diese Einnahmen zu knüpfen. Damit erweist sich die Argumentation der Vorinstanz jedenfalls insoweit als unzutreffend, als sie eine Verletzung des Äquivalenzprinzips darin erblickt, dass der Anknüpfungspunkt unzulässig sei.

### **E. 8.5.2**

Unbegründet ist deshalb auch das Vorbringen der Beschwerdegegnerin, die Abgabe sei unzulässig, weil sie nicht an das Volumen der transportierten Energie anknüpfe, sondern verbrauchs- bzw. verbraucherorientiert sei: Denn die transportierte Elektrizitätsmenge ist zwangsläufig identisch mit derjenigen, welche an die Summe aller Endverbraucher ausgespeist und von diesen verbraucht wird (abgesehen von den Wirkverlusten, die aber auch ins Netznutzungsentgelt eingerechnet und - soweit nicht individuell zurechenbar [ Art. 15 Abs. 1 lit. a StromVV ] - letztlich den Endverbrauchern überwältzt werden; SPIELMANN, a.a.O., Art. 14 StromVG , Rz. 24). Eine Abgabe, die pro transportierte Elektrizitätsmenge erhoben wird, muss logischerweise zugleich verbrauchsbezogen sein. Es ist daher unerfindlich, weshalb eine Anknüpfung an die Menge der transportierten Energie zulässig sein sollte, nicht aber eine Anknüpfung an die verbrauchte Energie.

### **E. 8.5.3**

Dabei ist es im Lichte des Äquivalenzprinzips (zur Lage im Lichte des StromVG, s. hinten E. 9.2.2) grundsätzlich irrelevant, ob nur auf die Einnahmen aus der Netznutzung abgestellt wird (ab Januar 2010) oder zusätzlich auch auf die Einnahmen aus der Stromlieferung (bis Dezember 2009; vorne E. 8.3.3) : Da die Beschwerdegegnerin im hier streitigen Zeitraum in der Grundversorgung war, ist der Stromlieferant identisch mit dem Netzbetreiber: Die Beschwerdeführerin hat sowohl in ihrer Eigenschaft als Stromlieferantin wie auch als Netzbetreiberin den Nutzen aus den Leitungen. Sodann ist die gelieferte Energie

zwangsläufig identisch mit der durch das Netz transportierten Energie. Insoweit ist der Anknüpfungspunkt für beide Komponenten derselbe. Die Frage, ob nur auf die Einnahmen aus der Netznutzung abgestellt wird oder auch auf diejenigen aus der Stromlieferung, betrifft nicht die Anknüpfung, sondern nur die Höhe der Abgabe: Werden sowohl für Energielieferung als auch für die Netznutzung je 3 % der Einnahmen erhoben, beträgt die Abgabe 3 % der gesamten Einnahmen und nicht nur der Einnahmen auf der Netznutzung. Dasselbe zahlenmässige Ergebnis liesse sich aber auch erzielen, wenn zwar nur die Netznutzung zugrunde gelegt, aber dafür ein höherer Prozentsatz angewendet würde. Im Lichte des Äquivalenzprinzips unzulässig kann nicht der gewählte Anknüpfungspunkt sein, sondern höchstens die Höhe der Abgabe.

## **E. 8.6**

Die Vorinstanz erblickt die Unzulässigkeit des angewandten Systems abgesehen vom Anknüpfungspunkt auch darin, dass drei unterschiedliche Tarife angewendet werden, nämlich 6 % für Haushalt, Gewerbe und Landwirtschaft, 4 % für allgemeine Industrie und 3 % für Grossindustrie. Dieser degressive Tarif sei aufgrund von BGE 138 II 70 unzulässig.

### **E. 8.6.1**

Das Bundesgericht hatte in BGE 138 II 70 im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle ein Gesetz zu beurteilen, wonach direkt beim Stromendverbraucher eine Abgabe erhoben werden sollte, die bis zu einem Jahresbezug von 100 MWh 2 Rp./kWh betrug, für den darüber hinausgehenden Konsum (bis max. 5 GWh) 0,5 Rp./kWh. Das Bundesgericht erwog, es sei willkürlich, eine Abgabe, welche als Gegenleistung für die Benützung des öffentlichen Grundes konzipiert sei, direkt bei den Stromendverbrauchern zu erheben, da diese am Rechtsverhältnis zwischen Gemeinwesen und Konzessionär nicht Partei seien (E. 6). Zudem habe die Differenzierung der Abgabe aufgrund der Menge der verwendeten Energie keinen Bezug zu der durch das Netz geleiteten Energie und damit zur Benützung des öffentlichen Grundes (E. 7).

### **E. 8.6.2**

Die Beschwerdeführerin bringt demgegenüber vor, die Differenzierung sei gerechtfertigt, weil die drei Kategorien von Endverbrauchern in der Regel an unterschiedliche Netzebenen angeschlossen seien, nämlich Haushalte, Gewerbe und Landwirtschaft an die Netzebene 7, allgemeine Industrie an die Netzebene 5 und Grossindustrie an die Netzebene 3. Ein Endverbraucher, der nur die Netzebene 3 bzw. nur die Ebenen 3 und 5 benütze, beanspruche die Netzinfrastruktur und damit den öffentlichen Grund in einem wesentlich geringeren Ausmass als wer zusätzlich auch die Ebenen 5 und 7 benütze. Die Differenzierung des Tarifs trage diesem Umstand Rechnung, basiere auf objektiven Gründen und sei sachlich nachvollziehbar. Daran ändere nichts, dass in Einzelfällen auch ein Anschluss an eine andere Netzebene erfolgen könne, wie im Falle der Beschwerdegegnerin, welche an die Netzebene 5 angeschlossen sei. Im Übrigen habe auch das Bundesgericht im Urteil 2C\_116/2014 eine degressive Ausgestaltung der Abgabe nicht beanstandet.

### **E. 8.6.3**

Die Beschwerdegegnerin bringt zunächst vor, die Argumentation der Beschwerdeführerin beruhe auf unzulässigen Noven. Die Differenzierung der Abgabe sei im Lichte von BGE 138 II 70 unzulässig. Diese Ausgestaltung zeige zudem, dass die Abgabe in Wirklichkeit beim Endverbraucher erhoben und nach dessen Verbrauchsprofil bemessen werde, was mit

der Natur einer Sondernutzungsabgabe nicht vereinbar sei.

#### **E. 8.6.4**

Soweit die Beschwerdegegnerin die Unzulässigkeit der Abgabe darin erblickt, dass sie vom Endverbraucher erhoben werde, ist dies nach dem bisher Ausgeführten (E. 5.2 und 6.2.4) unbegründet.

#### **E. 8.6.5**

Im Übrigen braucht auf die Argumentation der Vorinstanz und der Parteien zur Frage der Differenzierung des Tarifs nicht eingegangen zu werden: Denn anders als in den Fällen BGE 138 II 70 und 2C\_116/2014, auf welche sich die Parteien berufen, geht es vorliegend nicht um die abstrakte Normenkontrolle über ein gesetzlich vorgesehenes Abgabesystem, sondern um eine konkret eingeklagte Forderung. Zu prüfen ist einzig, ob dieser eingeklagte Betrag dem Äquivalenzprinzip widerspricht (vgl. vorne E. 8.3.2). Das Äquivalenzprinzip hat abgaben begrenzende Funktion; es verbietet, eine höhere als äquivalente Abgabe zu erheben (zit. Urteil 2C\_116/2014 E. 10.2.2). Hingegen ist es dem Gemeinwesen unbenommen, eine Abgabe zu erheben, die tiefer ist, als nach Äquivalenzprinzip zulässig wäre. Die hier eingeklagte Forderung entspricht dem tiefsten der drei Tarife (3 %). Weder die Vorinstanz noch die Beschwerdegegnerin erachten die Höhe von 3 % als Verletzung des Äquivalenzprinzips bzw. des Willkürverbots; beanstandet wird nur die Differenzierung der Tarife. Auch wenn diese Differenzierung unzulässig sein sollte, lässt sich daraus nicht folgern, dass der tiefste der drei Tarife unzulässig wäre: Unzulässig wäre höchstens, für Lieferungen an andere Bezüger mehr als 3 % zu erheben. Die hier eingeklagte Abgabe in der Höhe von 3 % kann jedoch von vornherein nicht mit dem Argument als unzulässig erklärt werden, die Differenzierung sei unzulässig.

#### **E. 8.7**

Insgesamt überzeugt die Argumentation, mit welcher die Vorinstanz eine Verletzung des Äquivalenzprinzips begründet, nicht. Das Äquivalenzprinzip wird nicht durch die Anknüpfung der Konzessionsabgabe an die Einnahmen der Beschwerdeführerin und jedenfalls in Bezug auf die hier eingeklagte Forderung auch nicht durch die im Vertrag vorgesehene Differenzierung der Tarife verletzt.

#### **E. 9**

Zu prüfen ist schliesslich, ob die Abgaben unmittelbar gestützt auf das StromVG auf die Stromkunden überwältigt werden dürfen oder ob es dazu einer besonderen gesetzlichen oder vertraglichen Grundlage bedarf. Anders als in BGE 138 II 70 geht es also nicht darum, ob das Gemeinwesen direkt beim Endverbraucher die Konzessionsgebühr erheben kann, sondern darum, ob der Netzbetreiber die Abgabe, die er dem Gemeinwesen schuldet, auf die Kunden überwälzen kann.

#### **E. 9.1**

Gemäss Art. 14 Abs. 2 StromVG ist das Netznutzungsentgelt von den Endverbrauchern je Ausspeisepunkt zu entrichten (Ausspeisepinzip; BBl 2005 1652). Damit ist bundesrechtlich vorgeschrieben, dass die Kosten des Netzes auf die Endverbraucher zu überwälzen sind ( BGE 143 II 37 E. 8.4.3 S. 55; 141 II 141 E. 3.1 und 5.2; zit. Urteil 2C\_824/2015 E. 1.1.1; Urteil 2C\_572/2012 vom 27. März 2013 E. 3.1; SPIELMANN, a.a.O., Art. 14 StromVG Rz. 4 f.), soweit sie nicht individuell bestimmten Verursachern angelastet werden können ( Art. 14 Abs. 3bis und Art. 15a StromVG ). Das

Netznutzungsentgelt setzt sich gemäss Art. 14 Abs. 1 StromVG zusammen aus den anrechenbaren Kosten und den Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen. Auch diese letzteren gehören somit gemäss dem klaren Wortlaut des Gesetzes zum Netznutzungsentgelt, das den Endverbrauchern zu belasten ist ( BGE 143 II 283 E. 3.3 S. 291 f.; Urteil 2C\_1142/2016 vom 14. Juli 2017 E. 5.4.1, nicht publ. in : BGE 143 I 395 ). Das ergibt sich auch aus Art. 15 Abs. 4 lit. b StromVG , wonach der Bundesrat Grundlagen festlegt zur Überwälzung der Abgaben an Gemeinwesen. Dementsprechend hat der Bundesrat bei seiner Regelung, wie die Netzkosten auf die unteren Netzbetreiber und die Endverbraucher zu überwälzen sind ( Art. 15 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 1 StromVV ), ausdrücklich auch die Abgaben an Gemeinwesen einbezogen. Diese sind in der Rechnung des Netzbetreibers gesondert auszuweisen ( Art. 6 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 2 StromVG ). Angesichts dieser klaren gesetzlichen Regelung ist davon auszugehen, dass die in das Netznutzungsentgelt integrierten Abgaben an Gemeinwesen unmittelbar gestützt auf das StromVG auf die Endverbraucher überwälzt werden können, ohne dass es einer zusätzlichen gesetzlichen oder vertraglichen Grundlage bedürfte (SCHOLL, a.a.O., Rz. 20; SPIELMANN, a.a.O., Art 14 StromVG Rz. 53; DANIELA WYSS, Tarife in der Stromversorgung, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Kausalabgaben, 2015, S. 210; MARIELLE ORELLI/NADINE MAYHALL, Die Anlastung von Kosten des Übertragungsnetzes - Rückblick und Vorschau, Jusletter, 23. April 2012, Rz. 21 ff.; implizit auch bereits BGE 138 I 454 E. 3.6.5 S. 465 f.).

## **E. 9.2**

Es fragt sich jedoch in welchem Umfang diese Abgaben auf die Endkunden überwälzt werden können.

### **E. 9.2.1**

Gemäss dem Konzessionsvertrag von 1993 wird die Abgabe auf den "erzielten Stromeinnahmen" erhoben, womit, wie damals üblich (vorne E. 4.1), nicht zwischen Netznutzung und Stromlieferung unterschieden wurde. Die Beschwerdeführerin hat sich gegenüber der Gemeinde auf den Standpunkt gestellt, die Konzessionsabgabe sei mit dem StromVG nicht mehr vereinbar, soweit sie auf der Preiskomponente Stromlieferung erhoben werde. Zulässig sei sie jedenfalls in Bezug auf marktberichtigte Kunden nur noch in Bezug auf die Komponente Netznutzung. Sie stützte sich dabei auf ein Rechtsgutachten, welches im Auftrag des Verbands Luzerner Gemeinden erstellt worden und zum Ergebnis gekommen war, mit dem Inkrafttreten des StromVG seien Konzessionsabgaben, welche auf die Einnahmen aus der Stromlieferung abstellen, nicht mehr zulässig (STEFAN RECHSTEINER/MICHAEL WALDNER, Gutachten im Auftrag des Verbands Luzerner Gemeinden zum Entwurf eines Konzessionsvertrages zwischen der CentralSchweizerische Kraftwerke AG und den einzelnen Einwohnergemeinden des Kantons Luzern, 3. Juni 2009, S. 13 und 16). Dementsprechend stellte die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin ab Januar 2010 nur noch denjenigen Anteil der Konzessionsabgabe in Rechnung, welcher auf den Einnahmen aus der Netznutzung bemessen wird (vorne E. 8.3.3). Bei diesen Abgaben handelt es sich um Abgaben, welche direkt die Netznutzung betreffen und daher von Bundesrechts wegen auf die Endverbraucher überwälzt werden können (E. 9.1). Indem die Abgabe in Prozenten der Einnahmen aus der Netznutzung bemessen wird, welche ihrerseits nach dem Verteilschlüssel gemäss Art. 15 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 1 StromVV berechnet werden, ist dieser Verteilschlüssel auch für die Abgabe automatisch eingehalten.

## **E. 9.2.2**

Für das Jahr 2009 hat die Beschwerdeführerin indessen teilweise auch noch die Abgaben eingeklagt, die sich nach dem Entgelt auf Stromlieferungen bemessen (vorne E. 8.3.3). Es fragt sich, ob auch dies zulässig ist.

### **E. 9.2.2.1**

Das StromVG geht davon aus, dass die Elektrizitätsversorgungsunternehmen den Netzbetrieb und die übrigen Tätigkeiten (namentlich auch Stromlieferungen) in finanzieller Hinsicht zu entflechten haben ( Art. 10 ff. StromVG ). Es ist demnach nicht mehr zulässig, von den Endkunden Gesamtpreise zu erheben, welche Stromlieferung, Netznutzung, Quersubventionierungen oder andere Mehrkosten enthalten ( BGE 138 I 454 E. 3.6.5 S. 465 f.). Die anrechenbaren Kosten für das Netznutzungsentgelt sind nur diejenigen, die mit dem Netzbetrieb in Zusammenhang stehen ( Art. 15 StromVG , Art. 12 ff. StromVV ), während die Kosten der Stromlieferung separat erfasst werden müssen. Das legt nahe, dass auch die Abgaben an Gemeinwesen aufgeteilt werden müssen: In solche, die mit der Stromproduktion zusammenhängen und in jene, die sich aus dem Netzbetrieb ergeben; ebenso, dass die in Art. 14 Abs. 1 StromVG genannten Abgaben an Gemeinwesen nur solche sind, die im Zusammenhang mit der Netznutzung stehen. Das bedeutet nicht, dass Abgaben an Gemeinwesen im Zusammenhang mit der Stromproduktion generell unzulässig wären; bloss werden sie nicht ins Netznutzungsentgelt integriert, sondern in den Strompreis. Zu denken ist namentlich an die Wasserzinsen ( Art. 49 ff. WRG ; BBl 2005 1650, 1652; SPIELMANN, a.a.O., Art. 14 StromVG Rz. 51; WYSS, a.a.O., S. 209 und 215). Im Übrigen sind aber die Abgaben an Gemeinwesen, welche in das Netznutzungsentgelt integriert werden, weit auszulegen ( BGE 138 I 454 E. 3.6.3 S. 465 f.) und umfassen nicht zwingend nur solche, die in direktem Zusammenhang mit dem Netzbetrieb stehen (in diesem Sinne auch Mitteilung Fachsekretariat ElCom vom 17. Februar 2011, Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen, S. 1 f.; MOIRA OLIVER, in: Kratz et al [a.a.O.], Art. 12 Rz. 15; SPIELMANN, a.a.O., Art. 14 StromVG Rz. 50; WYSS, a.a.O., S. 205 ff. und 208) : Zu diesen Abgaben im Sinne von Art. 14 Abs. 1 StromVG gehört insbesondere der bundesrechtlich geregelte Netzzuschlag gemäss Art. 35 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0), mit welchem zahlreiche Aufgaben finanziert werden, die nicht in Zusammenhang mit der Netznutzung stehen. Das StromVG soll aber auch die Befugnis von Kantonen und Gemeinden, Abgaben zu erheben, nicht einschränken (BBl 2005 1671, 1678; PETRIK-HALTNER, a.a.O., S. 315; WYSS, a.a.O., S. 208), soweit sie nicht direkt die Netz- und Stromkosten betreffen ( BGE 138 I 468 E. 2 S. 470 ff.). Zulässig ist es beispielsweise auch, Kosten für die öffentliche Beleuchtung durch Zuschläge zur Netzgebühr zu finanzieren, wenn der Netzbetreiber zugleich die öffentliche Beleuchtung sicherzustellen hat ( BGE 143 II 283 E. 2 S. 287 ff.; WYSS, a.a.O., S. 209).

### **E. 9.2.2.2**

Vorliegend geht es um eine Abgabe für die Benützung des öffentlichen Bodens für die Elektrizitätsleitungen. Dass die Abgabe teilweise nach den Einnahmen aus der Stromlieferung bemessen wird, ändert nichts daran, dass das Abgabeobjekt die Nutzung des öffentlichen Bodens ist. Die Anknüpfung an die Stromlieferung ist nur eine Bemessungsmodalität . Da die gelieferte Energie identisch ist mit der durch das Netz transportierten Energie, spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob die Abgabe nach den Einnahmen aus der gelieferten oder der transportierten Energie bemessen wird (vorne E. 8.5.3). Das gilt indessen nur, solange Stromlieferant und Netzbetreiber identisch sind, wie

das früher automatisch der Fall war (vorne E. 4.1). Nach StromVG sind jedoch Stromlieferant und Netzbetreiber bei den marktberechtigten Kunden mindestens potenziell unterschiedlich. In diesem Fall wird die Anknüpfung der Abgabe an die Einnahmen aus Stromlieferung problematisch: Nur der Netzbetreiber, der zugleich Strom liefert, müsste die Abgabe bezahlen, nicht aber der Netzbetreiber, der nicht Strom liefert, obwohl die in Anspruch genommene Leistung des Gemeinwesens (Benützung des öffentlichen Grundes) genau gleich hoch ist. Der mit dem Verteilnetzbetreiber nicht identische Stromlieferant müsste demgegenüber keine Abgabe bezahlen, da Abgabesubjekt nur der Netzbetreiber (= Konzessionär) ist. Demzufolge wäre auch die resultierende Belastung für die Endverbraucher unterschiedlich je nachdem, ob sie den Strom vom Verteilnetzbetreiber beziehen oder nicht. Abgaben an das Gemeinwesen würden nur von denjenigen Endverbrauchern (indirekt) bezahlt, welche ihre Energie vom Netzbetreiber beziehen. Umgekehrt müssten Endverbraucher aus anderen Gemeinwesen, die von einem innerhalb des Gemeinwesens ansässigen Netzbetreiber Strom beziehen, Abgaben an ein Gemeinwesen bezahlen, in dem sie nicht wohnhaft sind (Mitteilungen Elcom, a.a.O., S. 2; WYSS, a.a.O., S. 215). Die vom StromVG gewollte Wettbewerbssituation zwischen den Stromlieferanten würde dadurch erheblich und in sachfremder Weise verfälscht und die Rechtsgleichheit verletzt. Es drängte sich daher auf, den Konzessionsvertrag aus dem Jahre 1993 an die geänderte rechtliche Situation anzupassen ( Art. 30 Abs. 1 StromVV ; zit. Urteil 2C\_824/2015 E. 1.1.2 und 2.2.2).

#### **E. 9.2.2.3**

Solange Verteilnetzbetreiber und Stromlieferant identisch sind, ist allerdings die genannte Ungleichbehandlung nur virtuell. Sie kann aber trotzdem den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen. Sie liesse sich allenfalls rechtfertigen, solange feststeht, dass in der Gemeinde Emmen, welche die streitigen Abgaben erhebt, gar keine marktberechtigten Endverbraucher bestehen, die vom Netzzugang hätten Gebrauch machen wollen. Denn in einer solchen Situation würde die dargelegte Wettbewerbsverfälschung nicht eintreten. Dazu enthält allerdings der angefochtene Entscheid keine Feststellungen. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie prüft, ob mit dieser Begründung der nach der Stromlieferung bemessene Teil der Abgabe ebenfalls rechtmässig sein könnte.

#### **E. 9.2.2.4**

Hinzu kommt allerdings, dass bei einer Abgabe, die in Prozenten der Einnahmen aus der Stromlieferung berechnet wird, der für die Überwälzung vorgesehene Verteilschlüssel ( Art. 15 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 1 StromVV ) nicht eingehalten ist. In diesem Umfang kann daher eine Überwälzung auf die Endverbraucher jedenfalls nicht direkt auf das StromVG gestützt werden. Die Beschwerdeführerin hat freilich im vorinstanzlichen Verfahren ihre Forderung gegenüber der Beschwerdegegnerin primär mit bestehenden vertraglichen Beziehungen begründet. Die Vorinstanz ist auf diese Vertragssituation nicht näher eingegangen, da sie zum Ergebnis kam, die Abgabe sei als solche unzulässig. Die Beschwerdeführerin rügt dies als formelle Rechtsverweigerung ( Art. 29 Abs. 1 BV ). So oder anders ist die Prämisse der Vorinstanz unzutreffend (vorne E. 8). Die streitige Forderung könnte sich allenfalls aus der (öffentlich-rechtlichen, vgl. Urteil 4A\_582/2014 E. 3) vertraglichen Situation ergeben, auch soweit sie nicht unmittelbar auf Art. 14 Abs. 2 StromVG gestützt werden kann. Auch zur Klärung dieser Frage ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **E. 10**

Insgesamt ergibt sich: Die Konzessionsabgabe, welche die Beschwerdeführerin der Gemeinde bezahlen muss, hat eine genügende gesetzliche Grundlage (vorne E. 7). Im Umfang von 3 % der Einnahmen aus der Netznutzung verletzt sie auch nicht das Äquivalenzprinzip (E. 8) und kann sie unmittelbar gestützt auf das StromVG auf die Beschwerdegegnerin überwält werden, ohne dass es einer zusätzlichen gesetzlichen oder vertraglichen Grundlage bedürfte (vorne E. 9.1 und 9.2.1). In diesem Umfang ist die Forderung der Beschwerdeführerin begründet. Zum Quantitativ und zu den Verzugszinsen haben sich weder die Vorinstanz noch die Parteien im Einzelnen geäußert; dies wird von der Vorinstanz noch festzustellen sein. Soweit die streitbetreffene Forderung der nach der Stromlieferung bemessenen Konzessionsabgabe entspricht (vorne E. 8.3.3), ist sie zwar nicht im Widerspruch zum Äquivalenzprinzip (vorne E. 8.5.3), doch ist die Vereinbarkeit mit dem StromVG fraglich; die Vorinstanz wird die sachverhaltlichen Umstände prüfen, die allenfalls diesen Teil der Abgabe rechtfertigen können (vorne E. 9.2.2.3). In diesem Umfang ist zudem die Überwälzung auf die Beschwerdegegnerin nicht unmittelbar gestützt auf das StromVG zulässig; die Vorinstanz wird prüfen, ob dieser Teil der streitbetreffenen Forderung gestützt auf das vertragliche Verhältnis zwischen den Parteien geschuldet ist (vorne E. 9.2.2.4).

## **E. 11**

Bei diesem Verfahrensausgang obsiegt die Beschwerdeführerin. Die Beschwerdegegnerin trägt die Kosten des Verfahrens ( Art. 66 Abs. 1 BGG ) und hat der Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung auszurichten ( Art. 68 BGG ).

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