

# GR\_GERICHTE U 2022 53 vom 9. Mai 2023

GR Gerichte, 2023-05-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_U\\_2022\\_53](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2022_53)

FR: GR\_GERICHTE U 2022 53 du 9 mai 2023

IT: GR\_GERICHTE U 2022 53 del 9 maggio 2023

## Regeste

Tarifanpassung Wärmeverbund | öffentliche Dienste

## Erwägungen

### E. 1

Die Gemeinde B.\_\_\_\_\_ betreibt ein Wärmeversorgungsnetz, dessen Wärmeversorgungsquelle eine Holzschnitzelfeuerung in B.\_\_\_\_\_ bildet. Die StWEG A.\_\_\_\_\_ ist Eigentümerin der Liegenschaft A.\_\_\_\_\_ in B.\_\_\_\_\_ (Parzelle Nr. C.\_\_\_\_\_, Grundbuch B.\_\_\_\_\_).

#### E. 1.1

Gemäss Art. 8 Abs. 1 des Sprachengesetzes des Kantons Graubünden (SpG; BR 492.100) können die Parteien am Verwaltungsgericht für ihre Rechtsschriften und Eingaben eine kantonale Amtssprache ihrer Wahl verwenden. Deutsch und Italienisch sind Amtssprachen des Kantons (Art. 3 Abs. 1 Verfassung des Kantons Graubünden, BR 110.100). Die Be-  
- 5 - schwerdeführerin und die Gemeinde durften demnach ihre Rechtsschriften in italienischer bzw. in deutscher Sprache einreichen.

#### E. 1.2

Die Verfahrenssprache richtet sich in der Regel nach der im angefochtenen Entscheid verwendeten Amtssprache bzw. nach der Amtssprache, welcher die beklagte Partei mächtig ist (Art. 8 Abs. 2 SpG). Die Amtssprache der Gemeinde ist Deutsch (Art. 6 Gemeindeverfassung der Gemeinde B.\_\_\_\_\_). Entsprechend ist der angefochtene Entscheid des Gemeindevorstands in deutscher Sprache verfasst. Damit gilt Deutsch im vorliegenden Verfahren als Verfahrenssprache, weshalb auch das vorliegende Urteil in deutscher Sprache ergeht. 2. Im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht müssen sog. Prozessvoraussetzungen erfüllt sein, damit das Gericht auf eine Beschwerde eintritt, die Sache inhaltlich (materiell) prüft und einen Sachentscheid fällt. Die angerufene Behörde prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, führt dies zu einem Nichteintretensentscheid (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden [VGU] R 20 77 vom 14. September 2021 E.1.1).

### E. 2

Die StWEG A.\_\_\_\_\_ schloss am 21. August 2014 mit der Gemeinde B.\_\_\_\_\_ einen Wärmelieferungsvertrag ab. Gemäss diesem Vertrag liefert die Gemeinde B.\_\_\_\_\_ (als Wärmelieferantin) Energie an die StWEG A.\_\_\_\_\_ (als Wärmebezügerin). Gegenstand dieses Vertrages bildet (a) der Anschluss der Liegenschaft auf Grundstück Nr. C.\_\_\_\_\_ an das durch die Wärmelieferantin betriebene Wärmeversorgungsnetz; (b) die Versorgung

der Liegenschaft auf Grundstück Nr. C.\_\_\_\_\_ mit Wärmeenergie für die Raumheizung sobald die Aussentemperatur während 48 Stunden im Durchschnitt 17°C am Tag und 11°C in der Nacht beträgt; (c) die Versorgung der Liegenschaft auf Grundstück Nr. C.\_\_\_\_\_ für die Erwärmung des Brauchwassers, mindestens zweimal täglich, zu einem vorgegebenen Zeitfenster. Der Vertrag wurde auf eine feste Dauer bis zum 30. April 2027 abgeschlossen und wird ab diesem Datum jeweils um 2 Jahre verlängert, wenn eine Partei den Vertrag nicht 12 Monate vor Vertragsende kündigt.

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechts- pflege (VRG; BR 370.100) können Entscheide von Gemeinden durch das Verwaltungsgericht beurteilt werden, sofern sie nicht abschliessend sind oder bei einer anderen Instanz angefochten werden können. Der Be- schluss des Gemeindevorstandes über die Tarifierpassung enthält eine Rechtsmittelbelehrung, wonach diese Verfügung innert 30 Tagen beim Verwaltungsgericht anfechtbar ist. Der als Verfügung bezeichnete Ent- scheid des Gemeindevorstandes vom 30. Mai 2022, mit welchem der Be- schwerdeführerin die Tarifierpassung mitgeteilt wurde, bildet somit grundsätzlich ein Anfechtungsobjekt. Da dieser Entscheid weder absch-

- 6 - liessend noch bei einer anderen Instanz angefochten werden kann, ist das angerufene Gericht grundsätzlich örtlich und sachlich zuständig.

### **E. 2.2**

Mit dem besagten Beschluss hat der Gemeindevorstand eine Tarifier- höhung von 50 % beschlossen. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin dieses Beschlusses in ihren finanziellen Interessen berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Nichtigkeitserklärung bzw. Aufhebung. Sie ist somit i.S.v. Art. 50 VRG zur Beschwerde legitimiert. Da die Pro- zessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die erhobene Beschwerde einzu- treten. 3. In materieller Hinsicht ist zunächst die Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung vom 30. Mai 2022 über die Tarifierpassung zu prüfen.

### **E. 3**

Gemäss Ziff. 9.1 des Wärmelieferungsvertrags schuldet die Wärmebezü- gerin pro bezogene Wärmeeinheit einen Arbeitspreis je bezogene kWh. Der Arbeitspreis je kWh bestimmt sich nach dem jeweiligen gültigen Tarif der Wärmelieferantin. Der Arbeitspreis wurde bei Inbetriebnahme der Fernwärmeheizung im Jahr 2012 auf CHF 0.088/kWh festgesetzt und blieb seither unverändert.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, der als Verfügung bezeichnete Beschluss vom 30. Mai 2022 der Gemeinde sei nichtig. Der Wärmelieferungsvertrag sei nämlich ein privatrechtlicher und nicht ein verwaltungsrechtlicher Vertrag. Mit diesem Vertrag würden weder öffentliche Interessen verfolgt noch habe er die unmittelbare Erfüllung öf- fentlicher Aufgaben zum Gegenstand. Die Gemeinde sei nicht kompetent bzw. nicht zuständig, einen privatrechtlichen Vertrag mittels Verfügung an- zupassen. Daher müsse die Verfügung vom 30. Mai 2022 für nichtig erklärt werden.

### **E. 3.2**

Die Gemeinde stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, es handle sich beim Wärmelieferungsvertrag um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag. Die Grundversorgung mit Energie sei Teil des "Service Public" des Gemeinwesens. Gemäss Art. 48 der Energieverordnung des Kantons Graubünden (BEV; BR 820.210) würden bestimmte Formen der Energiegewinnung – darunter auch die Wärmenetze – von Bund und Kantonen gefördert. Bei der umweltschonenden Energieversorgung durch das Wärmenetz mit Holzschnitzeln nehme die Gemeinde eine öffentliche Aufgabe

- 7 - wahr. Die Kosten für den Bezug der Wärme müssten kostendeckend sein, was mit der Tarifierung gemäss Verfügung vom 30. Mai 2022 bezweckt werde. Es gehe nicht darum, einen Gewinn zu erzielen, sondern das eingetretene Defizit zu decken.

### E. 3.3

Dogmatisch gilt es zwischen den verschiedenen Formen des Verwaltungshandeln zu unterscheiden. Zunächst gilt es die Verfügungsform und das vertragliche Verwaltungshandeln auseinanderzuhalten. Bei Letzterem ist wiederum zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen zu unterscheiden. Die Verfügung ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8., überarbeitete Auflage, Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 849). Die Verfügung ist eine hoheitliche Anordnung, d.h. sie wird vom gegenüber dem Adressaten übergeordneten Verwaltungsträger erlassen, ist also grundsätzlich auch ohne Zustimmung des Betroffenen rechtswirksam (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 855). Zwischen dem verfügenden Gemeinwesen und dem betroffenen Privaten besteht also ein Subordinationsverhältnis. Dadurch grenzt sich die Verfügung vom (öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen) Vertrag ab. Der Vertrag beruht auf übereinstimmenden Willenserklärungen von zwei oder mehreren Rechtssubjekten und begründet gegenseitige Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. Anders als bei der Verfügung, besteht bei einem Vertrag also kein Subordinationsverhältnis, vielmehr stehen sich dabei zwei gleichgeordnete Parteien gegenüber. Die Parteien sind beim verwaltungsrechtlichen Vertrag ebenso gleichberechtigt wie beim privatrechtlichen; ist eine Partei der anderen gegenüber "subordiniert", so liegt gar kein vertragliches, sondern ein durch Verfügung zu regelndes Rechtsverhältnis vor (siehe zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1286, 1288, 1293; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Pra-

- 8 - xis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band I, Bern 2012, Rz. 228). Vorliegend haben die Gemeinde und die Beschwerdeführerin einen Wärmelieferungsvertrag abgeschlossen. Darin steht explizit, dass die Wärmelieferantin beabsichtigt, die Wärmeenergie auf vertraglicher Basis an die Wärmebezügerin zu liefern und die Wärmebezügerin beabsichtigt, die entsprechende Wärmeenergie auf vertraglicher Basis von der Wärmelieferantin zu beziehen (siehe Ziff. 1 des Wärmelieferungsvertrages). In casu stehen sich also zwei gleichgeordnete Rechtssubjekte gegenüber. Es liegt somit kein hoheitliches Handeln der Gemeinde vor, welchem das klassische Mittel der Verfügung als Handlungsinstrument zur Seite stünde (vgl. hierzu auch PVG 2011 Nr. 10 E.3.a). Die Gemeinde kann gestützt auf den Vertrag keine Verfügung erlassen, weil das Verfügungshandeln mangels Subordination von vornherein nicht zum Tragen kommt. Es ist damit gar nicht entscheidend, ob der

Wärmelieferungsvertrag ein verwaltungsrechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag ist. Wenn das Rechtsverhältnis auf einem Vertrag beruht, entfällt damit die Kompetenz des Gemeinwesens über den Vertragsgegenstand hoheitlich zu verfügen. Da das Rechtsverhältnis zwischen der Gemeinde als Wärmelieferantin und der Beschwerdeführerin als Wärmebezügerin auf einem Vertrag beruht, kann eine Vertragsanpassung – worunter auch die Erhöhung des Tarifs fällt – nicht hoheitlich verfügt werden. Dass die Gemeinde den Beschluss fälschlicherweise als Verfügung bezeichnet und diesen Entscheid mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen hat, macht den angefochtenen Beschluss nicht zu einer gültigen Verfügung. Der Beschluss des Gemeinderats vom 24. Januar 2022 erweist sich daher als nichtig, soweit er im Schreiben an die Beschwerdeführerin vom 30. Mai 2022 als Verfügung bezeichnet wird. Der Antrag der Beschwerdeführerin kann somit dahingehend gutgeheissen werden, als dass festgestellt wird, dass die Tarifierhöhung nichtig ist, soweit sie in Form einer Verfügung ergeht. Ob die Ge-

- 9 - meinde befugt ist, auf vertraglicher Basis (einseitig) eine Vertragsänderung bzw. eine Tarifierhöhung herbeizuführen, ist damit noch nicht entschieden. 4. Angesichts der Nichtigkeit des angefochtenen Entscheids kann an dieser Stelle auf die Prüfung des Eventualantrags betreffend Aufhebung der Verfügung und die in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen (Verletzung des Grundsatzes pacta sunt servanda sowie des Anspruchs auf rechtliches Gehör) verzichtet werden. Da sich die Parteien jedoch primär um die Rechtsnatur des Wärmelieferungsvertrags streiten und die Qualifikation als öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag für den Rechtsweg massgebend ist, sei hier – aus Gründen der Rechtssicherheit und der Prozessökonomie – noch Folgendes angemerkt:

#### **E. 4**

Nach Ziff. 9.2 des Wärmelieferungsvertrags ist der Arbeitspreis indexiert. Die Wärmelieferantin kann den Arbeitspreis jeweils auf den 1. April eines jeden Jahres, nach Massgabe des Indexstandes per März des laufenden

- 3 - Jahres, anpassen, wobei seitens der Wärmelieferantin lediglich die Hälfte der durch die Indexierung bedingten Preiserhöhung an die Wärmebezügerin weiterverrechnet wird. Der angepasste Arbeitspreis ist der Wärmebezügerin bis spätestens am 30. April schriftlich mitzuteilen.

#### **E. 4.1**

Die Abgrenzung privatrechtlicher Streitigkeiten von öffentlich-rechtlichen und damit die Frage, ob eine Streitigkeit im Rahmen der Zivil- oder der Verwaltungsrechtspflege zu beurteilen ist, ist kasuistisch geprägt. Es sind dafür verschiedene Theorien entwickelt worden, deren grundsätzliche Abgrenzungskriterien sich nicht ausschliessen und im konkreten Fall nach ihrer Eignung angewandt werden. Im Sinne eines objektivierten Methodenpluralismus ist auf die verschiedenen in der Praxis entwickelten Abgrenzungskriterien zurückzugreifen. Diese sind dann im Sinn einer wertenden Abwägung sachbezogen und pragmatisch miteinander zu kombinieren, um eine verlässliche Aussage über die Rechtsnatur der Streitigkeit machen zu können. Entscheidend ist, ob die umstrittene Regelung ausschliesslich oder vorwiegend privaten oder öffentlichen Interessen dient (Interessentheorie), sie die Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder die Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit zum Gegenstand hat (Funktionstheorie) oder die

handelnde Organisation dem Privaten als Träger hoheitlicher Gewalt gegenübertritt (Subordinationstheorie). Bei der Anwendung dieser Kriterien ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass dem privaten und öffentlichen Recht ganz verschiedene Funktionen zukommen, je nach den

- 10 - Regelungsbedürfnissen und den Rechtsfolgen, die im Einzelfall in Frage stehen (vgl. zum Ganzen BGE 128 III 250 E.2a mit Hinweisen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1292 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., Rz. 1 ff.). Bei der Qualifikation von Verträgen bietet die Subordinationstheorie meist keine Hilfe, weil der privatrechtliche wie der verwaltungsrechtliche Vertrag auf gemeinsamen Willenserklärungen beruht. Die Parteien sind beim verwaltungsrechtlichen Vertrag ebenso gleichberechtigt wie beim privatrechtlichen Vertrag. Relevanter sind die Funktions- bzw. die Interessentheorie, welche auf den Inhalt des staatlichen Handelns abstellen. Das massgebliche Kriterium für die Unterscheidung zwischen einem verwaltungsrechtlichen und einem privatrechtlichen Vertrag ist der Gegenstand der dadurch geregelten Rechtsbeziehungen oder Rechtsverhältnisse. Es kommt also auf die Funktion der Regelung oder die damit verfolgten Interessen an. Der verwaltungsrechtliche Vertrag dient unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Die Wahl der privatrechtlichen Vertragsform erfolgt im Hinblick auf die Erreichung "eigener", "privater" Interessen der Vertragsparteien. Die Rechtsnatur hängt also davon ab, zu welchem Zweck der Vertrag abgeschlossen wurde. Sollen unmittelbar Verwaltungstätigkeiten wahrgenommen oder geregelt werden (z.B. Erschliessung, Enteignung, Subventionen), so liegt ein verwaltungsrechtlicher Vertrag vor. Privatrechtlich ist der Vertrag, wenn er nur mittelbar öffentliche Interessen verfolgt (bspw. bei der Beschaffung gewisser Hilfsmittel für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben wie Kauf von Büromaterial oder Miete von Büroräumlichkeiten). Ebenso ist regelmässig von einem privatrechtlichen Vertrag auszugehen, wenn das Gemeinwesen ähnlich wie ein Privater am Markt auftritt und dabei einen Ertrag erzielen will oder Finanzvermögen gewinnorientiert bewirtschaftet (siehe zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1294, 1386 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., Rz. 13, 245 ff.).

- 11 -

#### **E. 4.2**

Vorliegend macht die Gemeinde geltend, sie erfülle mit der Betreibung des Wärmenetzes eine öffentliche Aufgabe (umweltschonende Energieversorgung). Die Grundversorgung mit Energie sei Teil des Service Public. Die Gemeinde werde von Bund und Kanton unterstützt. Zudem seien die Preise für die Wärmelieferung nicht frei verhandelbar. Die Gemeinde habe mit fast 30 Stockwerkeigentumsgemeinschaften (209 Wohneinheiten) einen identischen Wärmelieferungsvertrag abgeschlossen. Die Gemeinde müsse das Kostendeckungsprinzip einhalten, daher die Tarifierhöhung.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin ist indes im Wesentlichen der Auffassung, die Gemeinde erfülle mit dem Betrieb des Wärmenetzes nicht unmittelbar eine öffentliche Aufgabe und verfolge damit auch nicht öffentliche Interessen, womit der vorliegende Wärmelieferungsvertrag privatrechtlicher Natur sei. Da privatrechtliche Verträge der Zivilgerichtsbarkeit unterliegen würden, sei das Verwaltungsgericht für die Beurteilung der Zulässigkeit der Tarifierhöhung nicht zuständig. 4.4.1 Die Auffassungen darüber, was im öffentlichen Interesse liegt, sind wandelbar und unterliegen einer politischen Wertung. Die Konkretisierung der

massgeblichen öffentlichen Interessen obliegt daher in erster Linie dem politischen Prozess bzw. dem zuständigen Gesetzgeber. Hat das Gesetz eine staatliche Aufgabe festgelegt, so ist diese im demokratischen Prozess als öffentliches Interesse bestimmt worden (siehe BGE 138 I 378 mit weiteren Hinweisen). Zu den Tätigkeiten im öffentlichen Interesse gehören auch viele Tätigkeiten von Privaten, wie z.B. diejenige von Ärzten oder Landwirten. Der Staat kann diese Tätigkeiten fördern (z.B. durch Subventionen). Sie werden aber nur dann zu Staatsaufgaben, wenn das Gesetz sie dazu macht, indem es das Gemeinwesen verpflichtet, sie zu erfüllen (siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 25). Öffentliche Aufgabe ist somit grundsätzlich, was sich der Staat gesetzlich als Aufgabe gibt (BGer, 2C\_198/2012 vom 16.10.2012, E.5.2.3). Dabei ist jedes Gemeinwesen – unter Beachtung der Kompetenzabgrenzungen – weitgehend frei, eine be-

- 12 - stimmte Aufgabe als öffentliche Aufgabe zu wählen oder sich aus dem entsprechenden Bereich zurückzuziehen (VGU U 2013 101 vom 16. Dezember 2014). Nach dem Gesagten ist für die Qualifikation des Wärmelieferungsvertrags zunächst zu prüfen, ob die Gemeinde mit dem Betrieb des Wärmeverversorgungsnetzes unmittelbar eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt (Funktions- theorie, nachstehend E. 4.4.2) und ob sie damit öffentliche Interessen verfolgt (Interessentheorie, nachstehend E. 4.4.3). Danach können auch weitere Indizien in die Gesamtabwägung miteinbezogen werden (nachstehend E. 4.4.4 ff.). 4.4.2 Im Unterschied zum Elektrizitäts- und Gasnetz fallen thermische Netze weitgehend in die originäre Zuständigkeit der Kantone (siehe dazu den Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 19.051, GDP-Liberale Fraktion, 18. September 2019, Potential von Fernwärme- und Fernkälteanlagen vom 17. Dezember 2021, S. 14; MARTIN FÖHSE, Thermische Netze aus rechtlicher Perspektive, Ausgewählte Grundfragen zu Fernwärme & Co., in: AJP 5/2023, S. 601). Damit ist die gesetzliche Grundlage im kantonalen oder allenfalls im kommunalen Recht zu suchen. Soll die Wärmeversorgung eine Staatsaufgabe sein, muss dies die jeweilige Gemeinde oder der Kanton ausdrücklich gesetzlich festlegen (siehe dazu FÖHSE, a.a.O., S. 605; ANDREAS ABEGG/NAGIHAN MUSLIU, die Fernwärmeversorgung – eine rechtliche Einordnung, abrufbar unter: <https://sui-generis.ch/article/view/sg.203/2573>, zuletzt besucht am 16.05.2023). So stellt gemäss Gemeindeordnung der Stadt Zürich (Gemeindeordnung der Stadt Zürich vom 27. September 2020, GO; AS 101.100) die Versorgung mit Fernwärme eine öffentliche Aufgabe dar (siehe Art. 71 lit. 1 GO). Auch in der Fernwärmeverordnung von Energie Wasser Bern (ewb) steht, dass "[die] Fernwärmeversorgung eine öffentliche Aufgabe [ist], die ewb für die Stadt Bern erfüllt" (siehe Verordnung von Energie Wasser Bern vom 30. Juni 2016; Fernwärmeverordnung; FV).

- 13 - Vorliegend kommen das Energiegesetz des Kantons Graubünden (BEG; BR 820.200) und die dazugehörige Energieverordnung (BEV; BR 820.210) als mögliche gesetzliche Grundlagen in Betracht. Das BEG bezweckt eine effiziente und nachhaltige Energienutzung, eine wirtschaftliche und umweltschonende Energieversorgung, die Substitution von fossilen Energieträgern, eine verstärkte Nutzung einheimischer und erneuerbarer Energien (Art. 2 BEG). Zur Erreichung dieser Ziele sieht das BEG diverse Förderungsmassnahmen vor, wie bspw. den Erlass von Energiekonzepten (Art. 5 und 8 BEG) oder die Ausrichtung finanzieller Beiträge an die Neuerstellung oder Erweiterung von Wärmeverbänden (Art. 48 BEV). Für die Gemeinden im Kanton Graubünden ergeben sich aus dem kantonalen Recht, namentlich aus dem BEG, indes keine direkten Pflichten, insbesondere lässt sich daraus keine Verpflichtung ableiten ein eigenes Wärmenetz zu

betreiben. Allein die Tatsache, dass der Kanton an den Wärmeverbund der Gemeinde gewisse Förderbeiträge ausrichtet, macht die Fernwärmeversorgung nicht zu einer öffentlichen Aufgabe. Vorliegend gibt es soweit ersichtlich auch keine kommunale gesetzliche Grundlage, wonach die Gemeinde verpflichtet ist, ihre Einwohner mit Fernwärme zu versorgen oder überhaupt ein eigenes Fernwärmenetz zu betreiben. Weder in der Gemeindeverfassung noch in einem kommunalen Gesetz wird die Fernwärme erwähnt. Soweit ersichtlich hat die Gemeinde auch kein kommunales Energiekonzept i.S.v. Art. 8 BEG erlassen, woraus sich eine entsprechende öffentliche Aufgabe ableiten liesse. Mangels Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe liegt gemäss der Funktionstheorie somit ein privatrechtlicher Vertrag vor.

#### 4.4.3 In Bezug auf die Interessentheorie ist u.a. zu berücksichtigen, dass das Schweizer Stimmvolk im Jahre 2017 die Energiestrategie 2050 angenommen hat. Im Rahmen dieser strategischen Ausrichtung wird einerseits die Reduktion des Energiebedarfs und andererseits eine Erhöhung des An-

- 14 - teils an erneuerbaren Energien angestrebt. Der Kanton Graubünden hat in der Folge eine Teilrevision des BEG vorgenommen. Das BEG soll zur Umsetzung der Energiestrategie 2050 des Bundes beitragen und das klimapolitische Netto-Null-Ziel des Bundesrats unterstützen (vgl. Botschaft der Regierung an den Grossen Rat, Heft Nr. 7/ 2019 – 2020, Teilrevision des Energiegesetzes des Kantons Graubünden, S. 369 ff.). Damit hat der Gesetzgeber das öffentliche Interesse an einer umweltschonenden Energieversorgung und der damit einhergehenden Reduktion von fossilen Brennstoffen zum Ausdruck gebracht. Vor diesem Hintergrund kann festgehalten werden, dass die Gemeinde durch die Betreibung eines Fernwärmenetzes durchaus öffentliche Interessen verfolgt. Andererseits ist zu beachten, dass die Gemeinde mit dem Betrieb des Wärmenetzes auch eigene (finanzielle) Interessen verfolgt. Gemäss Aussagen der Beschwerdeführerin hatte sie in Bezug auf die Energieversorgung die Möglichkeit zwischen mehreren Anbietern zu wählen und sie habe sich lediglich für die Gemeinde entschieden, weil die von ihr vorgeschlagenen finanziellen Bedingungen (insbesondere der Preis) deutlich besser waren als diejenigen ihrer Konkurrenten. Auch die Gemeinde räumt ein, dass der Beschwerdeführerin theoretisch andere Möglichkeiten der Energieversorgung über private Anbieter offenstanden. Die Tatsache, dass die Gemeinde vorliegend ähnlich wie ein Privater im Markt auftritt und mit dem Betrieb des Wärmenetzes einen gewissen Ertrag erwirtschaften möchte, spricht grundsätzlich für ein privates Rechtsverhältnis. Demzufolge verfolgt die Gemeinde mit der Fernwärme nebst eigenen (finanziellen) Interessen auch öffentliche Interessen (umweltschonende Energieversorgung). Die Frage, ob öffentliche Interessen unmittelbar oder nur mittelbar wahrgenommen werden, ist naturgemäss umstritten und die Grenzen sind fließend (WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., Rz. 247). Dies hat zur Folge, dass sich der Wärmelieferungsvertrag anhand der Interessentheorie nicht eindeutig zuordnen lässt.

- 15 - 4.4.4 Die Gemeinde begründet das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrags u.a. auch damit, dass die Versorgung mit Fernwärme Teil des Service Public und damit der Grundversorgung sei. Damit nimmt die Gemeinde wohl Bezug auf das Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7). Die Stromversorgung lässt sich grob in zwei Bereiche unterteilen: Einerseits in die dem "Service Public" zugeordnete Grundversorgung nach Art. 6 StromVG mit staatlich bezeichneten Energielieferanten (Art. 5 Abs. 1 StromVG), ohne freie Lieferantwahl für die (festen) Endverbraucher; andererseits in den freien Markt, in welchem Endverbraucher

mit einem Verbrauch von mindestens 100 MWh pro Jahr ihren Lieferanten selber wählen können (sog. freie Endverbraucher). Im Bereich der Grundversorgung besteht eine Anschlusspflicht, d.h. die Stromlieferantin ist verpflichtet den Endverbraucher anzuschliessen. Allerdings geht es im hier streitigen Fall nicht um die Lieferung von Strom, sondern von Wärme, was nicht dasselbe ist. Das StromVG regelt lediglich den Stromwettbewerb und findet auf thermische Netze keine Anwendung (vgl. hierzu auch das Urteil des Obergerichts Zürich, LB110078-O/U vom 4. Februar 2015 sowie BGer, 4A\_88/2018 vom 30. Mai 2018, E.4.3). Für die Gemeinde besteht vorliegend kein Kontrahierungszwang und damit keine Anschlusspflicht. Im Bereich der Fernwärme gibt es demnach keine eigentliche Grundversorgung. Der Abschluss des Vertrages über die Lieferung von Fernwärme steht in der Autonomie bei den Parteien. Immerhin lassen sich bei der Fernwärmeversorgung analog zur Stromversorgung grundsätzlich drei Sphären unterscheiden: (1) das Netzanschlussverhältnis, (2) das Netznutzungsverhältnis und (3) das Energielieferungsverhältnis. Aufgrund der örtlich begrenzten Ausdehnung der thermischen Netze ist jedoch eine Marktöffnung in der Praxis (noch) nicht umsetzbar. Die drei Rechtsverhältnisse sind deshalb de facto untrennbar miteinander verknüpft (vgl. Bericht des Bundesrates zum Potential von Fern-

- 16 - wärme- und Fernkälteanlagen, a.a.O., S. 17). Will man diese Sphären dennoch separat betrachten, so betrifft die vorliegend umstrittene Tarifierhöhung das Energielieferungsverhältnis. Das Bundesgericht hat das Energielieferverhältnis zwischen dem Lieferanten einerseits und dem freien Endverbraucher andererseits als zivilrechtliche Angelegenheit qualifiziert (BGE 138 I 454 E.3.6.3). Da die Beschwerdeführerin den Anbieter frei wählen konnte, ist ihre Stellung (wenn überhaupt) mit derjenigen einer freien Endverbraucherin im freien Markt vergleichbar. Da das Energielieferverhältnis nach bundesgerichtlicher Praxis eine privatrechtliche Angelegenheit darstellt, ist der vorliegende Wärmelieferungsvertrag auch unter diesem Blickwinkel privatrechtlicher Natur. Die Gemeinde kann somit mit dem Argument der Grundversorgung bzw. mit dem StromVG nichts zu ihren Gunsten bzw. zu Gunsten eines öffentlich-rechtlichen Vertrags ableiten. 4.4.5 Betrachtet man die Praxis im Bereich der Fernwärme etwas näher, so fällt auf, dass Rechtsverhältnisse zwischen den Energieversorgungsunternehmen und ihren Energiekunden im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben durch privatrechtliche Verträge geprägt sind (siehe Bericht des Bundesrates zum Potential von Fernwärme und Fernkälteanlagen, a.a.O., S. 17). Allein die Tatsache, dass vorliegend ein Gemeinwesen als Vertragspartei beteiligt ist, macht den Wärmelieferungsvertrag nicht zu einem öffentlich-rechtlichen Vertrag (vgl. WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., Rz. 228). In diesem Zusammenhang ist weiter festzuhalten, dass die Gemeinde mit der Lieferung von Wärme eine wirtschaftliche Leistung erbringt. Dies ist deswegen relevant, weil sich Gemeinwesen im Bereich der Leistungsverwaltung, die allenfalls in Konkurrenz zu den Privaten ausgeübt wird, gegenüber ihren Benützern oder Kunden überwiegend des Privatrechts bedienen (BGE 131 II 162 E.2.4; WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., Rz. 154; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1390). Demzufolge ist für ein Gemeinwesen im Bereich der Fernwärme der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags

- 17 - nicht nur zulässig, sondern auch sehr verbreitet. Dies sind weitere Indizien, weshalb beim vorliegenden Wärmelieferungsvertrag von einem privatrechtlichen Vertrag auszugehen ist. 4.4.6 Für einen privatrechtlichen Vertrag spricht auch die Tatsache, dass im Wärmelieferungsvertrag keinerlei Bezug zu öffentlich-rechtlichen Gesetzesbestimmungen

genommen wird. Zudem wird auf die entsprechenden AGBs verwiesen, was typisch für einen privatrechtlichen Vertrag ist (vgl. dazu BGE 131 II 162 E.2.2). 4.4.7 Weiter haben die Parteien im Wärmelieferungsvertrag (Ziff. 16) B.\_\_\_\_\_ als ausschliesslicher Gerichtsstand vereinbart. Dies ist ebenfalls ein Indiz, dass die Parteien einen privatrechtlichen Vertrag abschliessen wollten. Die Bestimmung des Gerichtsstandes ist denn auch für privatrechtliche Verträge verbreitet, erscheint dagegen für Verwaltungssachen ausgeschlossen (BGE 131 II 162 E.2.2). 4.4.8 Schliesslich stellt sich die Gemeinde auf den Standpunkt, der Preis bzw. der Tarif sei vorliegend nicht frei verhandelbar, weil sie das Kostendeckungsprinzip einhalten müsse. Indes gilt das Kostendeckungsprinzip nur bei öffentlichen Abgaben, namentlich bei kostenabhängigen Kausalabgaben (siehe BGE 143 II 283; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2781). Nachdem nun feststeht, dass die Gemeinde im Bereich der Fernwärme privatrechtlich handelt, ist der Tarif für den Wärmebezug keine öffentliche Abgabe, womit das Kostendeckungsprinzip von vornherein nicht zum Tragen kommt. Dass die Gemeinde mit fast 30 Stockwerkeigentumsgemeinschaften bzw. 209 Wohneinheiten einen identischen Wärmelieferungsvertrag (zum selben Preis) abgeschlossen hat, vermag daran nichts zu ändern. Damit erweist sich auch dieses Argument als unbehelflich.

#### **E. 4.5**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Gemeinde mit dem Betrieb des Wärmenetzes (als umweltschonende Form der Energie-

- 18 - versorgung) grundsätzlich die Ziele der Energiestrategie 2050 des Bundes sowie des BEG umsetzt und damit durchaus öffentliche Interessen verfolgt. Da sie aber als Wärmelieferantin in Konkurrenz zu anderen Anbietern auftritt und mit der Fernwärme einen gewissen Ertrag erwirtschaften möchte, verfolgt sie damit gleichzeitig auch eigene (fiskalische) Interessen. Die Interessentheorie kann alleine für die Qualifikation des Wärmelieferungsvertrags also nicht ausschlaggebend sein. Damit kommt dem Kriterium der öffentlichen Aufgabe (Funktionstheorie) umso grössere Bedeutung zu. In diesem Zusammenhang ist von Relevanz, dass sich vorliegend weder im kantonalen noch im kommunalen Recht eine Pflicht der Gemeinden, ein Wärmenetz zu betreiben, ableiten lässt. Anders als in den Städten Zürich und Bern, wo die Fernwärmeversorgung eine öffentliche Aufgabe ist, fehlt es im vorliegenden Fall an einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage. Die finanziellen Beiträge des Kantons an den Wärmeverbund B.\_\_\_\_\_ sind nicht geeignet eine öffentliche Aufgabe zu begründen. Da die Gemeinde mit dem Betrieb des Wärmeversorgungsnetzes nicht unmittelbar eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, ist in Bezug auf die Funktionstheorie nicht von einem öffentlich-rechtlichen, sondern von einem privatrechtlichen Vertrag auszugehen. Die Tatsache, dass vorliegend kein Kontrahierungszwang besteht, die Beschwerdeführerin die Energie auch von anderen Anbietern beziehen kann und die Gemeinde mit dem Wärmenetz ähnlich wie ein Privater auf dem Markt auftritt, sprechen ebenfalls für ein privatrechtliches Rechtsverhältnis. Weiter ist zu berücksichtigen, dass das StromVG bei Fernwärmenetzen nicht anwendbar ist, sodass in casu nicht von Grundversorgung oder Service Public gesprochen werden kann. Der vorliegende Wärmelieferungsvertrag ist – wenn überhaupt – am ehesten mit dem Energielieferungsverhältnis im Bereich des freien Markts vergleichbar, was gemäss bundesgerichtlicher Praxis eine zivilrechtliche Angelegenheit ist (BGE 138 I 454 E.3.6.3). Im Übrigen lässt sich die Lieferung von Wärme durch die Gemeinde der Leistungsverwaltung zuordnen, womit der Abschluss privatrechtlicher Ver-

- 19 - träge zulässig und in der Praxis sehr verbreitet ist. Schliesslich ist auch die Vereinbarung eines Gerichtsstandes ein Indiz, dass die Parteien einen privatrechtlichen Vertrag abschliessen wollten. Bei der Gesamtabwägung überwiegen somit die Gründe, die für einen privatrechtlichen Vertrag sprechen. Damit fällt die Beurteilung allfälliger Streitigkeiten betreffend den Wärmelieferungsvertrag in die Kompetenz der Zivilgerichte. Dies betrifft namentlich auch die Frage, ob die Gemeinde allenfalls auf vertraglicher Basis bzw. gestützt auf Ziff. 9.1 des Wärmelieferungsvertrags befugt ist, den Tarif anzupassen und so eine einseitige Vertragsänderung herbeizuführen.

## 5. Kosten

### E. 5

Neben der Indexierung ist die Wärmelieferantin berechtigt, allfällige weitere Belastungen der Energie durch zukünftige öffentliche Abgaben zur Hälfte und in Relation zur bezogenen Wärmeenergie zusätzlich zum Arbeitspreis in Rechnung zu stellen (Ziff. 9.3 des Wärmelieferungsvertrags).

#### E. 5.1

Im Rechtsmittel- und im Klageverfahren hat in der Regel die unterliegende Partei die Kosten zu tragen (Art. 73 Abs. 1 VRG). Die Verfahrenskosten bestehen gemäss Art. 75 Abs. 1 VRG aus: der Staatsgebühr, welche für die Beanspruchung der Behörde erhoben wird (lit. a); den Gebühren für Ausfertigungen und Mitteilungen des Entscheids (lit. b); den Barauslagen (lit. c). Die Staatsgebühr beträgt höchstens CHF 20'000.00. Sie richtet sich nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Sache sowie nach dem Interesse und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Kostenpflichtigen (Art. 75 Abs. 2 VRG). Angesichts des getätigten Aufwands und des vorgegebenen Kostenrahmens wird die Staatsgebühr vorliegend auf CHF 500.00 festgesetzt. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend gehen diese Kosten zu Lasten der Gemeinde.

#### E. 5.2

Im Rechtsmittel- oder Klageverfahren wird die unterliegende Partei in der Regel verpflichtet, der obsiegenden Partei die durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen (Art. 78 Abs. 1 VRG). Für das vorliegende Verfahren hat der Rechtsvertreter der Gemeinde eine Honorarnote über CHF 4'318.00 eingereicht. Er vertritt die Gemeinde allerdings in zwei weiteren Fällen, welche dieselbe Angelegenheit betreffen. Für alle

- 20 - drei Verfahren belaufen sich die Kosten gemäss Honorarnoten auf insgesamt CHF 11'681.05. Dieser Betrag erscheint angesichts der Tatsache, dass die Rechtsschriften grösstenteils identisch sind, zu hoch. Nach Auffassung des Gerichts erscheint daher für den vorliegenden Fall eine reduzierte Entschädigung von CHF 2'000.00 angemessen. Die Gemeinde hat daher als unterliegende Partei der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von CHF 2'000.00 auszurichten. III. Demnach erkennt das Gericht:

### E. 6

Mit Schreiben vom 30. Mai 2022 hat die Gemeinde B.\_\_\_\_\_ der StWEG A.\_\_\_\_\_ mitgeteilt, dass der Gemeindevorstand an seiner Sitzung vom 24. Januar 2022 beschlossen habe, den Tarif des Wärmeverbundes B.\_\_\_\_\_ ab 1. Juli 2023 auf CHF 0.132/kWh festzusetzen. Zur Begründung führte die Gemeinde aus, der Preis pro kWh sei seit Beginn der Energielieferung im Jahr 2012 stabil bei CHF 0.088/kWh geblieben, wobei seit Beginn ein Verlust in der Erfolgsrechnung der Gemeinde resultiere. Dieser Verlust sei auch auf das

seit 2012 kantonal harmonisierte Rechnungsmodell HRM2 zurückzuführen. Im Jahr 2020 habe der Verlust rund CHF 79'000.00 betragen. Diesen Verlust trage zurzeit die Allgemeinheit. Die Tarifierhöhung um 50% erfolge, um das genannte Deckungsdefizit zu beheben. Das genannte Schreiben enthielt eine Rechtsmittelbelehrung, wonach diese Verfügung innert 30 Tagen seit Mitteilung beim Verwaltungsgericht Graubünden anfechtbar ist.

#### **E. 7**

Am 29. Juni 2022 erhob die StWEG A.\_\_\_\_\_, vertreten durch deren Rechtsanwalt, Beschwerde bzw. ricorso an das Verwaltungsgericht Graubünden und beantragt darin, es sei die Verfügung der Gemeinde B.\_\_\_\_\_ vom 30. Mai 2022 für nichtig zu erklären und festzustellen, dass die Angelegenheit betreffend die Anpassung des Energielieferungsvertrags vom 9. Februar 2015 dem Privatrecht unterstehe und der Gemeindevorstand nicht befugt sei, eine Verfügung in Angelegenheiten der Zivil-

- 4 - gerichte zu erlassen. Eventualiter wurde die Aufhebung der Verfügung der Gemeinde B.\_\_\_\_\_ beantragt. Die Eingabe war in italienischer Sprache verfasst.

#### **E. 8**

Die Gemeinde B.\_\_\_\_\_ reichte am 22. August 2022, vertreten durch ihren Rechtsanwalt, eine Vernehmlassung ein. Sie macht darin im Wesentlichen geltend, es handle sich beim Wärmelieferungsvertrag um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag, zumal die Gemeinde damit eine öffentliche Aufgabe wahrnehme. Zudem sei die Gemeinde gemäss Ziff. 9.2 des Wärmelieferungsvertrags ausdrücklich befugt, den Tarif einseitig anzupassen. Die Beschwerde sei demnach abzuweisen.

#### **E. 9**

Am 23. September 2022 folgten die Replik (replica) der StWEG A.\_\_\_\_\_ in italienischer Sprache und am 1. November 2022 die Duplik der Gemeinde B.\_\_\_\_\_. Auf die darin erwähnten Ausführungen wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen. II. Das Gericht zieht in Erwägung: 1. Die StWEG A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführerin) hat die jeweiligen Eingaben in italienischer Sprache beim Verwaltungsgericht eingereicht, während sich die Gemeinde B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Gemeinde) der deutschen Sprache bediente. Zunächst muss also die Verfahrenssprache festgelegt werden.

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