



Referenz/Aktenzeichen:

Bern, 25. Juni 2009

Aufgehoben durch:
- Urteil 2C_739/2010 des Bundesgerichts
- Urteil A-5452/2009 des Bundesverwaltungsgerichts

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ECom

Zusammensetzung: Carlo Schmid-Sutter (Präsident), Brigitta Kratz (Vizepräsidentin), Hans Jörg Schötzau (Vizepräsident), Anne Christine d'Arcy, Aline Clerc

in Sachen: [...]

(Gesuchstellerin)

und [...]

(Gesuchsgegnerin)

betreffend: Lieferpflicht und Tarifgestaltung für feste Endverbraucher nach Artikel 6 StromVG; Qualifikation der [...] als Endverbraucherin, die auf Netzzugang im Sinn des StromVG verzichtet



I Sachverhalt

A.

Die Gesuchstellerin bezieht seit Jahrzehnten elektrische Energie von der Gesuchsgegnerin. Die Lieferung basierte ausnahmslos auf individuellen Energielieferungsverträgen. Die Gesuchsgegnerin hat auf [...] keine vergleichbare Endverbraucher. Deswegen kennt sie für solche Endverbraucher keine Kundenkategorie und behandelt diese daher nicht als „Tarifkunden“ (act. 1, S. 3).

B.

Zwischen der Gesuchstellerin und Gesuchsgegnerin bestand ein Vertrag vom [...] über die Belieferung der [...] mit elektrischer Energie (nachfolgend: Energielieferungsvertrag [...]; act. 1, Beilage Nr. 4 Gesuchstellerin). Dazu gehören Allgemeine Bedingungen vom [...] für die Lieferung von elektrischer Energie an Grosskunden der [...] (AGB [...]; act. 1, Beilage Nr. 5 Gesuchstellerin) sowie eine Strompreisvereinbarung zwischen den Parteien vom [...] (Strompreisvereinbarung [...]; act. 1, Beilage Nr. 6 Gesuchstellerin). Der Energielieferungsvertrag [...] wurde für die Dauer von drei Jahren, d.h. bis zum [...], abgeschlossen und wurde nie explizit verlängert.

C.

Gemäss Ziffer 8 des Energielieferungsvertrages [...] werden die Energiepreise in einer separaten Vereinbarung geregelt. Aus diesem Grund wurden Strompreisvereinbarungen als Ergänzungen zum Energielieferungsvertrag [...] abgeschlossen. Die Strompreisvereinbarung [...] war bis zum [...] gültig. Gemäss Ziffer 4 der Strompreisvereinbarung [...] hat die Gesuchstellerin die elektrische Energie im Jahr 2008 zum einem All-in-Preis (Elektrizität inkl. Netzbenutzungsgebühren loco Abgabestellen und Kosten für Systemdienstleistungen, exkl. MWSt.) von [...] Rp./kWh (Kilowattstunde) bezogen. Ziffer 7 der gleichen Vereinbarung sieht weitere Sonderkonditionen für die Gesuchstellerin vor.

D.

Die Gesuchsgegnerin hat am 16. September 2008 für die Zeit ab dem 1. Januar 2009 der Gesuchstellerin ein bis am 3. Oktober 2008 befristetes Angebot für eine längerfristige Belieferung unterbreitet (act. 7, Beilage Nr. 9 Gesuchsgegnerin). Ein weiteres Angebot wurde der Gesuchstellerin am 7. Oktober 2008 unterbreitet (act. 17, Beilage Nr. 19 Gesuchsgegnerin). Gemäss ihrer Aussage war die Gesuchsgegnerin auch bei Ablehnung dieser Angebote bereit, über die Deckung des Bedarfs der Gesuchstellerin während der Dauer des Verfahrens, auf der Basis des Preises, zu dem die Gesuchsgegnerin die benötigte elektrische Energie und die Bilanzgruppendienstleistungen am Markt einkaufen kann, zu verhandeln.

E.

In ihrer Eingabe vom 27. August 2008 hat die Gesuchstellerin unter anderem Anträge zum Erlass vorsorglicher Massnahmen gestellt (act. 1). Betreffend die Anträge zu diesen vorsorglichen Massnahmen (Ziff. 1 und 2) hat die EICom mit Datum vom 17. November 2008 verfügt, dass die Gesuchs-



gegnerin die Gesuchstellerin ab dem 1. Januar 2009 für die Dauer des Verfahrens weiterhin mit elektrischer Energie zu einem Preis von [...] Rp./kWh beliefern muss (act. 20). Die Vergütung der elektrischen Energie steht unter dem Vorbehalt der nachträglichen Kompensation unter den Parteien je nach Ausgang des vorliegenden Verfahrens in der Hauptsache.

F.

In der Sache hat die Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 27. August 2008 Folgendes beantragt:

Es sei festzustellen, dass die [...] Endverbraucherin im Sinn von Art. 6 Abs. 1 StromVG und damit Endverbraucherin mit Grundversorgung im Sinn von Art. 2 Abs. 1 und 4 StromVV ist und dies bleibt, solange sie auf den Netzzugang verzichtet und ein entsprechendes Wahlrecht (Netzzugangsmittelteilung an den Verteilnetzbetreiber) nicht ausübt.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Die Gesuchsgegnerin stellt in ihrer Stellungnahme vom 15. Oktober 2008 folgende Rechtsbegehren zur Sache:

Die Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4 seien vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten ist;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

G.

Zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin ist somit streitig, ob die Gesuchstellerin als Endverbraucherin zu qualifizieren ist, die auf den Netzzugang verzichtet hat, und damit unter den Anwendungsbereich von Artikel 6 Absatz 1 StromVG fällt.



II Erwägungen

1 Zuständigkeit

Die Eidgenössische Elektrizitätskommission ECom überwacht gemäss Artikel 22 Absatz 1 Stromversorgungsgesetz vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin ist streitig, ob die Gesuchstellerin als eine Endverbraucherin zu qualifizieren ist, die auf den Netzzugang verzichtet hat, und damit unter den Anwendungsbereich von Artikel 6 Absatz 1 StromVG und den damit verbundenen Bestimmungen fällt. Die vorliegende Verfügung betrifft somit zentrale Bereiche der Stromversorgungsgesetzgebung. Es handelt sich um eine Streitigkeit im Sinne von Artikel 22 StromVG. Entsprechend ist die Zuständigkeit der ECom gegeben.

2 Parteien

Als Parteien gelten nach Artikel 6 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.

Die Gesuchstellerin ist materielle Verfügungsadressatin. Die Gesuchsgegnerin ist Betreiberin eines Elektrizitätsnetzes und beliefert die Gesuchstellerin über ihr Netz mit elektrischer Energie. Auch ihr kommt daher Parteistellung zu.

3 Vorbringen der Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin ist der Auffassung, dass sie auf ihren Anspruch auf freien Netzzugang verzichten kann und damit Endverbraucherin mit Grundversorgung ist. Sie macht geltend, dass sie gemäss Artikel 6 StromVG in Verbindung mit Artikel 4 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71) Anspruch auf die gewünschte Menge an Elektrizität zu angemessenen Tarifen habe. Der Tarifanteil für die Energielieferung habe sich dabei an den Gestehungskosten einer effizienten Produktion und an langfristigen Bezugsverträgen der Gesuchsgegnerin zu orientieren.

Als Begründung bringt die Gesuchstellerin vor, dass Artikel 6 Absatz 1 StromVG sowohl die festen Endverbraucher als auch die Endverbraucher, die auf den Netzzugang verzichten, schütze. Artikel 6 und Artikel 13 StromVG würden für die Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh (Megawattstunden) ein Wahlrecht beinhalten. Die Einschränkung dieses Wahlrechts in Artikel 11 StromVV, der den Netzzugang der Endverbraucher regelt, sei bundesgesetzwidrig. Im Weiteren schränke Artikel 11 Absatz 2 StromVV Artikel 4 StromVV ein, indem alle Endverbraucher mit einem jährlichen Stromverbrauch von mindestens 100 MWh, die bereits vor Inkrafttreten der Stromversorgungsgesetzgebung Strom gestützt auf einen individuell ausgehandelten Energielieferungsvertrag bezogen haben, kein Wahlrecht im Sinne von Artikel 6 und 13 StromVG mehr hätten. Der Energielieferungsvertrag zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin beinhalte jedoch keine Abmachungen, die in dem Sinn individuell sind, als dass sie mit Blick auf die Strommarktliberalisierung getroffene Sonderregelungen darstellen. Darüber hinaus habe die Gesuchstellerin bis heute keine Erklä-



nung im Sinne von Artikel 11 StromVV abgegeben, wonach sie von ihrem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch mache.

4 Vorbringen der Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin ihrerseits bringt vor, dass sich der Stromverbrauch der Gesuchstellerin hinsichtlich Menge und Profil deutlich von jenem anderer Endverbraucher abhebe, und dass die Gesuchstellerin in der Vergangenheit zu keinem Zeitpunkt Elektrizität auf der Basis eines Tarifs bezogen habe. Die Gesuchstellerin habe ausserdem bereits im Juli 2006 gestützt auf den Bundesgerichtsentscheid in Sachen Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF) gegen Watt/Migros (BGE 129 II 497) Netzzugang beantragt und verhalte sich somit schon seit langem wie ein freier Marktteilnehmer. Das Energielieferungsverhältnis und die Preise hätten auf Konsens zwischen den Parteien beruht, und der Gesuchstellerin Preissicherheit sowie der Gesuchsgegnerin Planungssicherheit garantiert.

Die Gesuchsgegnerin begründet ihre Ansicht damit, dass die Grundversorgung im Gesetzgebungsprozess als Schutzmechanismus für Haushalte und Kleinkunden verstanden worden sei und Artikel 11 Absatz 2 StromVV den gesetzgeberischen Willen umsetze. Zudem seien die Verhandlungen über die Strompreisvereinbarung [...] unter der Prämisse „Markt“ geführt worden.

5 Öffnung des Elektrizitätsmarkts und Grundversorgung

5.1 Ziel und Zweck des Stromversorgungsgesetzes

Das Schweizer Stimmvolk hat im Jahr 2002 das Elektrizitätsmarktgesetz (EMG) abgelehnt. Das im Anschluss an diese Ablehnung erarbeitete und vom Parlament im Jahr 2007 verabschiedete Stromversorgungsgesetz enthält die Grundlagen für eine zuverlässige und nachhaltige Stromversorgung. Es sieht eine zweistufige Marktöffnung vor: in den ersten fünf Jahren haben Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh freien Marktzugang. Nach fünf Jahren können alle Endverbraucher ihren Stromlieferanten frei wählen, wobei gegen die Einführung einer solchen vollen Marktöffnung noch das fakultative Referendum ergriffen werden kann (Art. 34 Abs. 3 StromVG).

Gemäss Artikel 1 StromVG verfolgt das Gesetz zwei Ziele: Das Stromversorgungsgesetz regelt - wie schon der Name sagt - nicht nur die Marktöffnung. Es schafft auch die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung. Dazu gehören der Anspruch auf Grundversorgung und Vorschriften zur Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Elektrizitätsnetzes. Diese Ziele hat der Bundesrat so auch schon in der Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004 formuliert (Botschaft StromVG, BBl 2005 1617). Die beiden Zielsetzungen des StromVG sind, auch wenn sie noch so unterschiedlich ausgestaltet sind, als gleichrangig zu verstehen. Bei der Auslegung des StromVG ist somit auf eine ausgewogene Berücksichtigung beider gesetzgeberischen Ziele zu achten.

5.2 Sicherstellung der Grundversorgung

Artikel 6 Absatz 1 StromVG bestimmt, dass Verteilnetzbetreiber die erforderlichen Massnahmen treffen, damit sie in ihrem Netzgebiet den festen Endverbrauchern und den Endverbrauchern, die auf den Netzzugang verzichten, jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Tarifen liefern können. Was unter angemessenen Elektrizitätstarifen gilt, wird



in Artikel 4 StromVV näher umschrieben. Demnach hat sich der Tarifanteil für die Energielieferung an Endverbraucher mit Grundversorgung an den Gestehungskosten einer effizienten Produktion und an langfristigen Bezugsverträgen des Verteilnetzbetreibers zu orientieren. Was unter diesen Begriffen zu verstehen ist, hat die ECom in ihrer Weisung 5/2008 vom 4. August 2008 in detaillierter Form dargelegt (abrufbar unter: www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Weisungen der ECom). Überschreiten die Gestehungskosten die Marktpreise, orientiert sich der Tarifanteil an den Marktpreisen (Art. 4 Abs. 1 StromVV).

Artikel 6 StromVG gilt für die erste Stufe der Marktöffnung und wird fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes durch einen dem fakultativen Referendum unterstehenden Bundesbeschluss durch Artikel 7 StromVG ersetzt (Art. 34 Abs. 3 StromVG). Das in Artikel 7 StromVG beschriebene „Wahlmodell abgesicherte Stromversorgung“ (sog. WAS-Modell) gilt im Gegensatz zum heutigen System nur noch für die Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh, die von ihrem Recht auf Netzzugang keinen Gebrauch machen.

Ein hoher Elektrizitätsverbrauch alleine bedeutet nicht, dass ein Endverbraucher keinen Anspruch auf Grundversorgung mehr haben kann. Artikel 6 StromVG sieht eine Grundversorgung ausdrücklich auch für solche Endverbraucher vor.

6 Endverbraucher mit Grundversorgung und Endverbraucher mit Anspruch auf Netzzugang

6.1 Rechtliche Grundlagen

Gemäss Artikel 6 Absatz 2 StromVG gelten die Haushalte und die anderen Endverbraucher (z.B. unternehmerische Kleinverbraucher) mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte als feste Endverbraucher. Diese Endverbraucher können ihren Stromlieferanten nicht frei wählen, deshalb bietet ihnen das StromVG eine besondere Schutzstellung. Ausserdem definieren Artikel 6 Absatz 1 StromVG in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe f StromVV die festen Endverbraucher und die Endverbraucher, die auf den Netzzugang verzichten als Endverbraucher mit Grundversorgung.

Anspruch auf Netzzugang haben nach Artikel 6 Absatz 6 in Verbindung mit Artikel 13 Absatz 1 StromVG Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh. Artikel 11 Absatz 1 StromVV bestimmt, dass für den Anspruch auf Netzzugang der innerhalb der letzten zwölf Monate vor der letzten Auslesung ausgewiesene Jahresverbrauch massgebend ist. Gemäss Artikel 11 Absatz 2 StromVV können Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh, welche nicht bereits Elektrizität gestützt auf einen schriftlichen, individuell ausgehandelten Liefervertrag beziehen, dem Verteilnetzbetreiber in ihrem Netzgebiet jeweils bis zum 31. Oktober mitteilen, dass sie von ihrem Anspruch auf Netzzugang ab dem 1. Januar des folgenden Jahres Gebrauch machen. Damit entfällt die Lieferpflicht des Verteilnetzbetreibers gemäss Artikel 6 StromVG.

6.2 Anwendung im konkreten Fall

Die Gesuchstellerin hat nach eigenen Aussagen einen durchschnittlichen Jahresverbrauch von rund [...] GWh (Gigawattstunden; act. 1, S. 5). Dieser Jahresverbrauch übertrifft die Marktzutrittsschranke von 100 MWh demnach um ein Vielfaches. Die Gesuchstellerin ist also keine feste Endverbraucherin



im Sinne des StromVG. Es stellt sich somit die Frage, ob die Gesuchstellerin als Endverbraucherin, die auf den Netzzugang verzichtet hat und damit als Endverbraucherin mit Grundversorgung, oder als Endverbraucherin, die bereits in der Vergangenheit von ihrem Recht auf Netzzugang Gebrauch gemacht und damit keinen Anspruch auf Grundversorgung mehr hat, zu gelten hat.

6.2.1 Schriftlicher, individuell ausgehandelter Vertrag

Die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin haben in der Vergangenheit jeweils schriftliche, individuell ausgehandelte Energielieferverträge und Strompreisvereinbarungen abgeschlossen (act. 1, S. 4; Beilagen 4, 5 und 6 Gesuchstellerin). Das Kündigungsrecht bei solchen Verträgen richtet nach dem jeweiligen Vertrag und nicht nach Artikel 11 Absatz 2 StromVV. Diese Verträge werden auch nicht vom Mitteilungsrecht von Artikel 11 StromVV tangiert (Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf [StromVV] vom 27. Juni 2007, S. 7: abrufbar unter: www.bfe.admin.ch > Themen > Stromversorgung > Stromversorgungsgesetz > Stromversorgungsverordnung und revidierte Energieverordnung).

Einleitend ist auf die Formulierung von Ziffer 1 des Energielieferungsvertrages [...] (Einleitung; act. 4, Beilage Nr. 4 Gesuchstellerin) hinzuweisen. Hier steht wörtlich:

[...]

Diese Formulierung deutet darauf hin, dass sich die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin einer möglichen gesetzlichen Marktöffnung bewusst waren. Der Energielieferungsvertrag [...] ist zwar im Hinblick auf das EMG und nicht auf das StromVG abgeschlossen worden. Im Resultat ist dies jedoch nicht von Relevanz, da die Parteien in regelmässigen Abständen neue Strompreisvereinbarungen abgeschlossen haben. Es ist davon auszugehen, dass sie sich über den jeweiligen Stand der Dinge bezüglich einer möglichen Öffnung des Elektrizitätsmarktes im Klaren waren.

Die Gesuchstellerin hat, wie schon gesehen, einen Jahresverbrauch von rund [...] GWh. Über Endverbraucher mit einer vergleichbaren Bezugsmenge wie die Gesuchstellerin verfügt die Gesuchsgegnerin nicht. Es ist daher einleuchtend, wenn sich die Gesuchsgegnerin auf den Standpunkt stellt, dass eine Belieferung mittels allgemein gültigen Tarifs in dieser Grössenordnung nicht möglich oder sinnvoll ist (act. 34, S. 13). Dabei spielen auch das Bezugsprofil eine wichtige Rolle. Auch in dieser Hinsicht sei eine individuelle vertragliche Regelung praktisch unumgänglich. Dies führt die Gesuchsgegnerin aus, wenn sie sagt, dass die Deckung des Bedarfprofils angesichts ausgeprägter produktionsbedingter Leistungsspitzen teuer sei und die Leistungsschwankungen ein enormes Ausgleichsenergieisiko bergen würden (act. 7, S. 5).

Das Kriterium der Individualität allein reicht jedoch nicht aus, bereits davon zu sprechen, dass die Gesuchstellerin vom freien Netzzugang Gebrauch gemacht hat. Vielmehr muss der Vertrag im Weiteren zwischen den Parteien ausgehandelt worden sein. Ausgehandelt werden dabei in den allermeisten Fällen finanzielle Komponenten. Hier sind verschiedene Inhalte denkbar: einerseits der Preis der Elektrizitätslieferung an sich, andererseits aber auch ein Rabatt oder ein Malus für die Einhaltung bzw. Nichteinhaltung gewisser Bedingungen wie beispielsweise Fahrpläne. Entscheidend für die im vorliegenden Sachverhalt zu prüfende Frage ist der Vertrag als Gesamtes und die Frage, ob die Parteien aufgrund der konkreten Umstände einen Vertrag geschlossen haben, der aus Sicht der Gesuchstellerin darauf hindeutet, dass die Gesuchstellerin von günstigeren Konditionen profitiert, als wenn sie mit einem Tarif beliefert worden wäre.



Elektrizitätstarife sind die Tarife für die Endverbraucher mit Grundversorgung. Wie die Gesuchsgegnerin richtig ausführt (act. 34, S. 23), werden Tarife vom Verteilnetzbetreiber einseitig festgesetzt. Im Gegenzug unterliegen sie der behördlichen Kontrolle (Art. 22 Abs. 2 StromVG). Neben den eigentlichen Elektrizitätstarifen sind auch tarifvertretende Verträge zwischen Endverbraucher und Elektrizitätsversorger denkbar, weil die Belieferung eines Endverbrauchers im Gegensatz zu herkömmlichen Tarifkunden nur mit individuellen Vereinbarungen möglich ist. Merkmal solcher Verträge ist aber wiederum, dass die Tarife für die Stromlieferung vom Lieferanten einseitig festgelegt werden. Demgegenüber stehen die Elektrizitätslieferungsverträge, bei denen die Preise für die Stromlieferung zwischen den Parteien ausgehandelt wurden.

Die Strompreisvereinbarung [...] wurde, wie der Name schon sagt, zwischen den Parteien vereinbart. Die Vereinbarung ist das Resultat von vorgängigen Verhandlungen (act. 34, S. 23; Beilagen 39 bis 41 der Gesuchsgegnerin). Dies geht auch aus dem Schreiben der Gesuchstellerin an die Gesuchsgegnerin vom 11. Juli 2006 hervor: „Wie Ihnen bekannt ist, verhandeln wir zur Zeit die Strompreise für die Energielieferung ab 1. Januar 2007“ (act. 7, Beilage 5 der Gesuchsgegnerin). Aus den Unterlagen dieser Verhandlungen geht weiter hervor, dass jeweils auch die Entwicklung der Strom-Forward-Preise in Deutschland (Marktpreise) eine Rolle gespielt hat (act. 34, Beilage 39, Folie 18; Beilage 40, Folie 9; Beilage 41 der Gesuchsgegnerin).

6.2.2 Netzzugang

Das Elektrizitätsnetz ist ein so genanntes natürliches Monopol. Es ist ökonomisch und ökologisch nicht sinnvoll, mehrere Elektrizitätsnetze nebeneinander zu bauen. Demgegenüber gibt es beim Energiehandel und -vertrieb Wettbewerb. Voraussetzung für den Wettbewerb beim Energiehandel ist, dass Dritte die Elektrizitätsnetze zur Durchleitung von Strom benutzen dürfen (vgl. auch WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2005, N 126 ff.). Spätestens mit dem in Erwägung 4 erwähnten Entscheid des Bundesgerichts (BGE 129 II 497) bestand ein Recht auf Durchleitung von Strom durch Elektrizitätsnetze Dritter. Damit war die Marktöffnung auf Basis des Kartellgesetzes (KG; SR 251) Tatsache. Die Stromversorgungsgesetzgebung regelt nun unter anderem die Modalitäten des Netzzugangs.

Netzzugang im Sinne der Stromversorgungsgesetzgebung ist das Recht auf Netznutzung, um von einem Lieferanten freier Wahl Elektrizität zu beziehen oder Elektrizität in ein Netz einzuspeisen (Art. 4 Abs. 1 Bst. d StromVG). Nach Artikel 13 Absatz 1 StromVG sind die Netzbetreiber verpflichtet, Dritten diskriminierungsfrei den Netzzugang zu gewähren.

Netzzugang bedeutet also einerseits, dass ein Endverbraucher seinen Elektrizitätslieferanten wechseln kann. Das heisst, er bezieht den Strom nicht mehr vom bisherigen (lokalen) Lieferanten und Netzbetreiber, sondern von einem anderen Versorger, jedoch weiterhin über das Netz des lokalen Netzbetreibers. Für die Durchleitung wird dieser Netzbetreiber mit dem so genannten Netznutzungsentsgelt entschädigt.

Denkbar sind andererseits jedoch auch jene Fälle, in denen es einem Endverbraucher gelingt mit seinem bisherigen Lieferanten wesentlich günstigere Konditionen auszuhandeln. In diesen Fällen hat der Endverbraucher zwar nicht direkt von seinem Recht auf Netzzugang Gebrauch gemacht, das heisst, er beansprucht nicht die Durchleitung von Strom durch ein Netz eines Dritten. Die Tatsache, dass ein Endverbraucher faktisch durch die blosse Möglichkeit freien Netzzugang zu erlangen, Strom zu günstigeren Konditionen erhält als bisher, und er somit von Marktmechanismen profitiert, spricht jedoch dafür, auch in solchen Fällen davon auszugehen, dass der Endverbraucher von seinem Recht auf freien Netzzugang Gebrauch gemacht hat. Von Marktmechanismen macht ein Endverbraucher dann



Gebrauch, wenn er sich wie ein Marktteilnehmer verhält. Für einen Fall wie den vorliegenden kann das beispielsweise heissen, dass er Offerten einholt und diese als Vergleich in Verhandlungen mit Konkurrenten verwendet. Ein Endverbraucher kann unter Umständen auf diese Weise Elektrizität von seinem bisherigen Lieferanten zu günstigeren Konditionen erhalten, als mit einem allgemein gültigen Tarif.

Die Gesuchstellerin hat im in Erwägung 6.2.1 erwähnten Schreiben vom 11. Juli 2006 beantragt, die Gesuchsgegnerin solle ihr die Netznutzungsentgelte für die Lieferjahre 2007 und 2008 bekannt geben und gleichzeitig die Durchleitung beantragt (act. 7, Beilage 5 Gesuchsgegnerin). Dass die Gesuchsgegnerin dieses Durchleitungsbegehren formuliert hat, wie dies die Gesuchstellerin vorbringt (act. 27, S. 13), kann ihr hier nicht entgegengehalten werden. Es ist im Anschluss nicht zu einem Vertragsabschluss mit einem anderen Energielieferanten gekommen. Die Gesuchstellerin erwähnt jedoch, dass sich in der Schweiz niemand bereit erklärt habe, eine Lieferverpflichtung einzugehen (act. 14, S. 5). Dies deutet darauf hin, dass die Gesuchstellerin probiert hat, Offerten von anderen Anbietern einzuholen. Es ist somit anzunehmen, dass es zu einem Stromliefervertrag mit einem Dritten gekommen wäre, wenn dieser preislich und mengenmässig ein attraktives Angebot gemacht hätte.

Die Gesuchsgegnerin hat in Relation zum Marktpreis (European Energy Exchange EEX) für das Profil der Gesuchstellerin und dem Tarif der Gesuchsgegnerin für Endverbraucher mit einem Verbrauch von mehr als [...] GWh (Vollversorgungstarif [...]) aufgezeigt, welche All-in-Preise die Gesuchstellerin in der Vergangenheit bezahlt hat (act. 34, S. 8 und 29, Beilagen 42, 43 und 44 Gesuchsgegnerin). Die Zusammenstellung zeigt, dass die Gesuchstellerin in den vergangenen Jahren jeweils zu sehr günstigen Konditionen beliefert worden ist. Der Vergleich mit den Tarifen für Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mehr als [...] GWh bestätigt diesen Eindruck (act. 34, Beilage 43 Gesuchsgegnerin). Auch wenn man davon ausgehen würde, dass ein Tarif für die Gesuchstellerin etwas tiefer wäre als jener für diese Kundenkategorie, ist nur schwer vorstellbar, dass die Gesuchstellerin damit noch günstigere Konditionen erhalten hätte. Somit kann davon ausgegangen werden, dass die Gesuchstellerin von günstigeren Konditionen als die anderen von der Gesuchsgegnerin mittels Tarif belieferten Endverbraucher profitiert hat.

Im Übrigen hat die Gesuchstellerin schon im Jahre [...] von einem Durchleitungsrecht Gebrauch gemacht und sich von der [...] für die Dauer eines Jahres beliefern lassen (act. 17, S. 25; Beilage 23 Gesuchsgegnerin). Dazu hat die Gesuchstellerin im [...] mit [...] einen Energielieferungs- und einen Rahmenvertrag abgeschlossen.

Zwischenfazit: Das Verhalten der Gesuchstellerin deutet darauf hin, dass sie sich schon zu einem Zeitpunkt, in welchem der Elektrizitätsmarkt noch gar nicht und später durch das Urteil des Bundesgerichts (BGE 129 II 497) gestützt auf das Kartellrecht, geöffnet war, mit der Möglichkeit befasst hat, einen anderen Stromversorger zu suchen und sich sogar zeitweise von einem anderen Lieferanten beliefern lassen. Wie in Erwägung 6.2.1 aufgezeigt, hat sie mit der Gesuchsgegnerin einen Vertrag mit einem im Vergleich zu den Elektrizitätstarifen und Marktpreisen günstigen All-in-Preis abgeschlossen. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin von ihrem Recht auf freien Netzzugang schon zu einem früheren Zeitpunkt Gebrauch gemacht hat und keine Endverbraucherin im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 StromVG mehr ist. Eine Rückkehr in die Grundversorgung aufgrund der Tatsache, dass diese momentan attraktiver ist als die Situation auf dem freien Markt, ist daher auszuschliessen.



6.2.3 Gesetzliche Grundlage von Artikel 11 Absatz 2 StromVV

Die Gesuchstellerin bringt in ihren Eingaben vom 27. August, vom 2. Oktober sowie vom 22. Dezember 2008 (act. 1, 14 und 27) vor, dass der Zugang zum freien Markt mittels eindeutiger Willensäusserung erfolgen müsse, wer nichts sage, bleibe weiterhin ein Endverbraucher mit Grundversorgung. In diesem Zusammenhang rügt die Gesuchstellerin, Artikel 11 Absatz 2 StromVV fehle es an einer genügenden gesetzlichen Grundlage, da Artikel 6 StromVG ein Wahlrecht vorsehe, welches durch die Verordnungsbestimmung wieder eingeschränkt werde.

Nach Ansicht der Gesuchsgegnerin ist mit Artikel 6 StromVG die gesetzliche Grundlage für Artikel 11 StromVV gegeben, da ein Wahlrecht für beliebig grosse Endverbraucher vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt gewesen sei. Artikel 6 StromVG sei als eine Übergangsregelung anzusehen, die eine Versorgungsgarantie für kleine Endverbraucher vorsehe. Ein Anspruch auf Grundversorgung für Grossverbraucher sei im Parlament nie zur Diskussion gestanden (act. 34, N 35 ff.).

Wie die Gesuchstellerin richtig erwähnt, sieht Artikel 6 StromVG für Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh ein Wahlrecht vor: Sie können von ihrem Recht auf freien Netzzugang Gebrauch machen oder sie können auf dieses Recht verzichten. Es war aber zu keinem Zeitpunkt der Wille des Gesetzgebers, Endverbraucher, die schon bis anhin von günstigeren Konditionen als die Tarifkunden profitiert haben, zu schützen. Dies bringt auch das folgende Zitat aus der parlamentarischen Debatte zum Ausdruck:

[...] Die CVP-Fraktion lehnt es ab, dass auch Stromkunden mit Bezügen von mehr als 100 Megawattstunden von diesem WAS-Modell und auch von den stabilen Preisen profitieren können. Einerseits würde eine solche Regelung grosse technische Probleme verursachen, indem die Anbieter gezwungen würden, jederzeit genügend Kapazität auch für Grosskunden bereitzuhalten. Andererseits wäre es nicht gerecht, wenn Grosskunden in Zeiten tiefer Strompreise vom Markt profitieren und sich bei hohen Strompreisen dann ins WAS-Modell flüchten könnten. Diese stabilen Preise sollen den kleinen Kunden zugute kommen. [...] (Votum Bader, AB 2005 N 1062)

Diese Aussage bezieht sich zwar auf Artikel 7 StromVG. In Artikel 6 StromVG wurde der Anspruch auch von Grossverbrauchern auf Grundversorgung eingeführt, sofern sie nicht von ihrem Recht auf Netzzugang Gebrauch gemacht haben. Der freie Wechsel zwischen Grundversorgung und freiem Markt soll aber offenbar nach dem Willen des Bundesrates auch bei Artikel 6 StromVG nicht möglich sein. Einerseits können nach Artikel 11 Absatz 2 StromVV nur Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh, die nicht bereits Elektrizität gestützt auf einen schriftlichen, individuell ausgehandelten Vertrag beziehen, vom Wahlrecht nach Artikel 6 Absatz 1 StromVG Gebrauch machen. Teilt ein solcher Endverbraucher seinem Verteilnetzbetreiber mit, dass er von seinem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch mache, entfällt andererseits die Lieferpflicht des Verteilnetzbetreibers nach Artikel 6 StromVG. Mit anderen Worten gilt das Prinzip „einmal frei, immer frei“. Auch damit wird verhindert, dass ein Endverbraucher je nach Marktsituation einmal von günstigen Marktpreisen profitieren kann und anschliessend, wenn diese steigen, wieder die Möglichkeit hat, zurück in die (günstigere) Grundversorgung zu wechseln. Die Gesuchstellerin hat, wie in den Erwägungen 6.2.1 und 6.2.2 gezeigt, in der Vergangenheit individuell ausgehandelte Verträge abgeschlossen und dabei von Marktmechanismen Gebrauch gemacht. Einen Wechsel solcher Endverbraucher in die Grundversorgung wollten der Gesetzgeber und der Verordnungsgeber vermeiden.

Zwischenfazit: Der Verordnungsgeber hat mit Artikel 11 StromVV den Willen des Gesetzgebers umgesetzt. Die gesetzliche Grundlage dieser Bestimmung ist gegeben.



7 Rückabwicklung

Schliesst die Gesuchstellerin erneut einen Vertrag mit der Gesuchsgegnerin über die Stromlieferung ab, geht die ECom davon aus, dass sich die beiden Parteien rückwirkend auf den 1. Januar 2009 einigen werden. Die Modalitäten der Rückerstattung sollten in diesem Fall keine grösseren Probleme bereiten.

Falls die Gesuchstellerin einen Vertrag mit einem anderen Stromlieferanten abschliesst, stellt sich die Frage, welche Strompreise für die Zeit zwischen dem 1. Januar 2009 und dem Inkrafttreten des Vertrages massgebend sind. Gemäss der Verfügung der ECom vom 17. November 2008 betreffend das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen (im Zusammenhang mit der Lieferpflicht und Tarifgestaltung für feste Endverbraucher nach Art. 6 StromVG; Qualifikation der Gesuchstellerin als Endverbraucherin, die auf Netzzugang im Sinn des StromVG verzichtet; act. 20) muss die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin während der Dauer des Verfahrens mit elektrischer Energie zu einem Preis von [...] Rp./kWh beliefern. Aufgrund der Tatsache, dass die Gesuchstellerin von ihrem Recht auf freien Netzzugang schon zu einem früheren Zeitpunkt Gebrauch gemacht hat und keine Endverbraucherin im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 StromVG mehr ist, wird Ziffer 1 des Dispositivs der oben genannten Verfügung der ECom vom 17. November 2008 aufgehoben.

Die ECom ist zuständig für die Beurteilung der Elektrizitätstarife von Endverbrauchern mit Grundversorgung. Bei den Endverbrauchern, die von ihrem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch gemacht haben und damit in den Markt eingetreten sind, ist sie lediglich für die Überprüfung der Netznutzungstarife zuständig. Die Strompreise können in diesem Marktbereich von der Wettbewerbskommission gestützt auf das Kartellgesetz überprüft werden. Betreffend das Verhältnis zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin ist die ECom also nur noch für die Überprüfung der Netznutzungsentgelte zuständig. Die Gesuchstellerin kann von der ECom eine solche Überprüfung verlangen, nicht jedoch die Festsetzung eines Strompreises. Bei Streitigkeiten sind dafür neben der Wettbewerbskommission die Zivilgerichte zuständig.

8 Fazit

Die Gesuchstellerin wurde in der Vergangenheit von der Gesuchsgegnerin nicht mittels Tarif oder mittels eines tarifvertretenden Vertrages beliefert. Vielmehr bestand zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin stets ein individuell ausgehandeltes Vertragsverhältnis. Die Gesuchstellerin hat mit dem konkreten Vertrag und der jeweiligen Strompreisvereinbarungen mit der Gesuchsgegnerin, welche günstige Konditionen vorsahen, und mit ihrem Verhalten, indem sie bei der Gesuchsgegnerin ein Durchleitungsbegehren gestellt hat, von Marktmechanismen profitiert. Die Strompreisvereinbarung [...] wurde darüber hinaus, wie auch schon der Energielieferungsvertrag [...], im Wissen um die gesetzliche Öffnung des Strommarktes abgeschlossen. Grundlage in den Verhandlungen bildete jeweils der damals aktuelle Marktpreis. Darüber hinaus hat die Gesuchstellerin im Jahre [...] schon einmal vom freien Netzzugang Gebrauch gemacht, indem sie während eines Jahres Elektrizität von einem anderen Versorger geliefert erhalten hat. Die ECom kommt somit zum Schluss, dass die Gesuchstellerin als Endverbraucherin gilt, welche bereits in der Vergangenheit von ihrem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch gemacht hat.

Entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin kommt die ECom im Weiteren zum Schluss, dass Artikel 11 StromVV über eine genügende gesetzliche Grundlage im StromVG verfügt. Ein erneuter Anspruch auf Rückkehr in die Grundversorgung für Endverbraucher, die in der Vergangenheit beim Ab-



schluss von Energielieferungsverträgen von Marktmechanismen Gebrauch gemacht haben, entspricht weder dem Willen des Gesetzgebers noch des Bundesrates.

9 Gebühren

Die ECom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung Gebühren (Art. 21 Abs. 5 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 [StromVG; SR 734.7], Art. 13a der Verordnung über Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich vom 22. November 2006 [GebV-En; SR 730.05]). Die Gebühren werden nach Zeitaufwand berechnet und betragen je nach Funktionsstufe des ausführenden Personals CHF 75.- bis 250.- pro Stunde (Art. 3 GebV-En).

Mit dieser Verfügung werden auch die Kosten für die Verfügung der ECom vom 17. November 2008 betreffend das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen auferlegt. Für diese Verfügung werden [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von CHF [...] pro Stunde, [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von CHF [...] pro Stunde und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von CHF [...] pro Stunde in Rechnung gestellt. Somit ergibt sich eine Gebühr von CHF [...].-.

Für die vorliegende Verfügung werden [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührensatz von CHF [...] pro Stunde, [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von CHF [...] pro Stunde und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von CHF [...] pro Stunde in Rechnung gestellt. Somit ergibt sich für die vorliegende Verfügung eine Gebühr von CHF [...].-.

Für beide Verfügungen zusammen ergibt sich eine Gebühr von CHF [...].-.

Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 1 Abs. 3 GebV-En in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]).

10 Parteientschädigung

Gesuchstellerin und Gesuchsgegnerin beantragen die Zusprechung einer Parteientschädigung. Weder die Stromversorgungsgesetzgebung noch das VwVG sehen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren die Ausrichtung einer Parteientschädigung vor. Für eine analoge Anwendung von Artikel 64 VwVG, welcher das Beschwerdeverfahren betrifft, besteht kein Raum, da es sich beim Ausschluss von Parteientschädigungen im erstinstanzlichen Verfahren nicht um eine echte Lücke handelt, sondern dies vom Gesetzgeber bewusst so vorgesehen wurde (m.w.H.: BGE 132 1147 ff., E. 5.2).



Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Der Antrag der Gesuchstellerin in der Sache wird abgewiesen. Die Gesuchstellerin ist als Endverbraucherin, die von ihrem Anspruch auf Netzzugang bereits gestützt auf das Kartellgesetz Gebrauch macht, zu betrachten.
2. Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung der EICom vom 17. November 2008 betreffend das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen (im Zusammenhang mit der Lieferpflicht und Tarifgestaltung für feste Endverbraucher nach Art. 6 StromVG; Qualifikation der Gesuchstellerin als Endverbraucherin, die auf Netzzugang im Sinn des StromVG verzichtet) wird aufgehoben.
3. Die Gebühr für die Behandlung des vorliegenden Gesuchs beträgt CHF [...]-. Sie wird der Gesuchstellerin auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
4. Parteientschädigung wird keine zugesprochen.
5. Diese Verfügung wird den Parteien mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 25. Juni 2009

Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Leiter Fachsekretariat

Versand am:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- [...]
- [...]



Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, einzureichen. Die Frist steht still:

- a) vom 7. Tag vor Ostern bis und mit dem 7. Tag nach Ostern;
- b) vom 15. Juli bis und mit dem 15. August;
- c) vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar.

Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.