



Referenz/Aktenzeichen: 223-00005

Bern, 13. Dezember 2022

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

Zusammensetzung: Werner Luginbühl (Präsident), Laurianne Altwegg (Vizepräsidentin),
Katia Delbiaggio, Jürg Rauchenstein, Andreas Stöckli, Felix Vontobel

in Sachen:	[...]	(Gesuchstellerin)
gegen:	[...]	(Gesuchsgegnerin 1)
	[...]	(Gesuchsgegnerin 2)
	[...]	(Gesuchsgegnerin 3)
betreffend	Gesuch um Feststellungsverfügung; Bildung eines ZEV zur «Rückkehr» in die Grundversorgung / Ersatzversorgung	

Inhaltsverzeichnis

I	Sachverhalt	3
II	Erwägungen	6
1	Zuständigkeit	6
2	Parteien und rechtliches Gehör.....	6
2.1	Parteien	6
2.2	Rechtliches Gehör	7
3	Feststellungsinteresse.....	7
4	Vorbringen der Parteien	8
4.1	Vorbringen der Gesuchstellerin.....	8
4.2	Vorbringen der Gesuchsgegnerinnen	10
5	Materielle Beurteilung.....	11
5.1	Voraussetzungen für die Bildung eines ZEV nach Artikel 17 EnG	11
5.2	Folgen eines ZEV nach Artikel 18 Absatz 1 EnG	14
5.3	Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Artikel 2 Absatz 2 ZGB.....	17
6	Fazit.....	20
7	Ersatzversorgung	20
8	Gesuch der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 um Erlass vorsorglicher Massnahmen	20
9	Begehren der Gesuchstellerin um Anordnung einer Sicherheitsleistung durch die Gesuchsgegnerinnen	21
10	Parteientschädigung.....	21
11	Gebühren	21
III	Entscheid	23
IV	Rechtsmittelbelehrung	25

I Sachverhalt

A.

- 1 Die [...] (nachfolgend Gesuchsgegnerin 1) plant, zusammen mit der [...] (nachfolgend Gesuchsgegnerin 2) und der [...] (nachfolgend Gesuchsgegnerin 3), per 1. Januar 2023 einen Zusammenschluss zum Eigenverbrauch (nachfolgend ZEV) im Sinne von Artikel 17 f. des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0) zu bilden (act. 1 Rz. 42). Die Gesuchsgegnerinnen 1–3 stellten bei den [...] (nachfolgend: Gesuchstellerin) entsprechend einen am 21. September 2022 unterzeichneten «Antrag Zusammenschluss Eigenverbrauch» (act. 1 Beilage 6).
- 2 Mit Eingabe vom 11. Oktober 2022 reichte die Gesuchstellerin bei der Eidgenössischen Elektrizitätskommission (nachfolgend ElCom) ein Gesuch um Feststellungsverfügung ein (act. 1). Darin stellt die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

«1.

1.1 Es sei festzustellen, dass der von den Gesuchsgegnerinnen mit Schreiben vom 21. September 2022 beantragte Zusammenschluss zum Eigenverbrauch die gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 17 Energiegesetz nicht erfüllt, und der Zusammenschluss zum Eigenverbrauch darum nicht zu einem einzigen neuen Endverbraucher im Sinne des Bundesgesetzes über die Stromversorgung und der Stromversorgungsverordnung führt.

1.2 Eventualiter sei festzustellen, dass der von den Gesuchsgegnerinnen mit Schreiben vom 21. September 2022 beantragte Zusammenschluss zum Eigenverbrauch rechtsmissbräuchlich erfolgt und der Zusammenschluss zum Eigenverbrauch darum nicht zu einem einzigen neuen Endverbraucher im Sinne des Bundesgesetzes über die Stromversorgung und der Stromversorgungsverordnung führt.

2. Es sei festzustellen, dass, wenn die Gesuchsgegnerin 2 der Gesuchstellerin keinen gültigen Stromliefervertrag ab dem 1. Januar 2023 vorweist, die Gesuchsgegnerin 2 von der Gesuchstellerin gemäss deren privatvertraglichen Konditionen der «Ersatzversorgung von freien Endverbrauchern 2023, Gültig ab 1. Januar 2023» ersatzversorgt wird, sofern sie dazu ihre privatvertraglichen Pflichten erfüllt.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Gesuchsgegnerinnen.

Verfahrensrechtlich

4.

4.1 Vorsorglich: Es sei festzustellen, dass die Ersatzversorgung der Gesuchsgegnerin 2 inklusive deren Tochtergesellschaft, der Gesuchsgegnerin 3, von der Erfüllung einer Vorschussleistung durch die Gesuchsgegnerin 2 abhängig gemacht werden darf. Entsprechend sei die Gesuchsgegnerin 2 zu verpflichten, für die Dauer des Verfahrens und als Bedingung für die Ersatzversorgung durch die Gesuchstellerin eine Vorauszahlung für die von der Gesuchstellerin ab dem 1. Januar 2023 zu erbringende Ersatzversorgung zu leisten. Bis spätestens am 30. November 2022 (Valuta Zahlungseingang) sei die erste Vorauszahlung zu leisten, welche den erwarteten Energieverbrauch der Gesuchsgegnerin 2 und der Gesuchsgegnerin 3 im ersten Halbjahr 2023 abdecken muss und deren Höhe sich am Spotpreis vom 30. Oktober 2022 orientiert.

4.2 Die Anordnung der vorsorglichen Massnahme sei aufgrund erheblicher zeitlicher Dringlichkeit ohne Anhörung der Gegenpartei zu verfügen.

4.3 Einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung über die Anordnung der vorsorglichen Massnahme sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.»

- 3 Nach Eingang des Gesuchs der Gesuchstellerin vom 11. Oktober 2022 hat das Fachsekretariat der ElCom ein Verfahren nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) eröffnet. Auf das Gesuch der Gesuchstellerin um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme ist die ElCom mit Verfügung vom 19. Oktober 2022 nicht eingetreten. Mit derselben Verfügung erhielten die Gesuchsgegnerinnen 1-3 die Gelegenheit, bis zum 4. November 2022 zum Gesuch der Gesuchstellerin vom 11. Oktober 2022 Stellung zu nehmen und alle für die Beurteilung sachdienlichen Unterlagen einzureichen (act.3).
- 4 Am 3. November 2022 reichten die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 eine Stellungnahme zum Gesuch der Gesuchstellerin vom 11. Oktober 2022 ein und stellten folgende Rechtsbegehren (act. 5):
- « 1. Das Rechtsbegehren 1.1 der Gesuchstellerin sei vollumfänglich abzuweisen und es sei festzustellen, dass der mit Schreiben vom 21. September 2022 beantragte Zusammenschluss zum Eigenverbrauch die gesetzlichen Voraussetzungen nach Art. 17 EnG erfüllt.*
- 2. Das Eventualbegehren 1.2 der Gesuchstellerin sei vollumfänglich abzuweisen und es sei festzustellen, dass der mit Schreiben vom 21. September 2022 beantragte Zusammenschluss zum Eigenverbrauch zulässig ist.*
- 3. Das Rechtsbegehren 2 sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.*
- 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MWST zulasten der Gesuchstellerin.»*
- 5 Das Fachsekretariat der ElCom stellte diese Stellungnahme am 4. November 2022 der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin 1 zur Kenntnis zu (act. 6).
- 6 Mit Schreiben vom 4. November 2022 reichte die Gesuchstellerin bei der ElCom eine als Noveneingabe und Schutzschrift bezeichnete Eingabe ein und stellte folgendes Begehren (act. 7).
- «1. Im Fall der Gewährung einer vorsorglichen Massnahme, welche die Gesuchstellerin dazu verpflichtet, die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 ab dem 1. Januar 2023 für die Dauer des vorliegenden Verfahrens mit Strom zu Bedingungen der Grundversorgung zu beliefern, d.h. die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 als Folge eines Zusammenschlusses zum Eigenverbrauch vorläufig und entgegen den Feststellungsanträgen der Gesuchstellerin als neuen Endverbraucher zu behandeln, seien die Gesuchsgegnerinnen unter solidarischer Haftung zu verpflichten, der Gesuchstellerin zur Sicherstellung von Zahlungsansprüchen der Gesuchstellerin gegenüber den Gesuchstellerinnen (recte: Gesuchsgegnerinnen) 2 und 3 im Fall der Gutheissung ihrer Anträge die voraussichtlich für den Stromeinkauf anfallenden Kosten jeweils halbjährlich im Voraus zu bezahlen, erstmals für die Periode vom 1. Januar 2023 bis zum 30. Juni 2023 mittels Bezahlung der in der Beilage 18 enthaltenen Vorschussrechnung bis spätestens am 30. November 2023.*
- 2. Weiterhin alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. MWST-Zugschlag [recte: MWST-Zuschlag]) zu Lasten der Gesuchsgegnerinnen.»*
- 7 Die Gesuchsgegnerin 1 schloss sich mit Stellungnahme vom 4. November 2022 der Stellungnahme der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 vom 3. November 2022 vollumfänglich an (act. 8).
- 8 Am 11. November 2022 reichte die Gesuchstellerin wiederum eine Noveneingabe und eine Replik bei der ElCom ein (act. 9).
- 9 Mit E-Mail vom 16. November 2022 liess die Gesuchsgegnerin 1 dem Fachsekretariat der ElCom eine Vertretungsvollmacht zukommen (act. 10.)

- 10 Das Fachsekretariat der ECom stellte mit Schreiben vom 17. November 2022 die Eingaben der Gesuchstellerin vom 4. und 11. November 2022 sowie die Eingaben der Gesuchsgegnerin 1 vom 4. und 15. November 2022 gegenseitig zu und teilte mit, dass allfällige Schlussbemerkungen bis zum 28. November 2022 bei der ECom einzugehen hätten (act. 11).
- 11 Mit Schreiben vom 24. November 2022 nahmen die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 zu den Eingaben der Gesuchstellerin vom 4. und 11. November 2022 Stellung (act. 12).
- 12 Ebenfalls mit Schreiben vom 24. November 2022 reichten die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ein und stellten folgende Rechtsbegehren (im nachfolgenden Zitat werden daher die Gesuchsgegnerinnen als «Gesuchstellerinnen» bezeichnet und die Gesuchstellerin als «Gesuchsgegnerin», act. 13):
- «1. Es sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, für die Dauer des Verfahrens Nr. 223-00005 und bis zu einem rechtskräftigen Entscheid die Gesuchstellerinnen ab dem 1. Januar 2023 mit Strom aus der Grundversorgung zu beliefern.*
- 2. Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, für die Dauer des Verfahrens Nr. 223-00005 und bis zu einem rechtskräftigen Entscheid die Gesuchstellerinnen ab dem 1. Januar 2023 mit Ersatzenergie (Ersatzversorgung) zum Spotpreis zu beliefern.*
- 3. Die in Ziff. 1, eventualiter Ziff. 2 beantragte vorsorgliche Massnahme sei aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei zu verfügen.*
- 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MWST zulasten der Gesuchsgegnerin.»*
- 13 Die Gesuchsgegnerin 1 schloss sich mit Schreiben vom 25. November 2022 den Ausführungen der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 an und ersuchte die ECom, den Anträgen der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 gemäss Eingabe vom 3. November 2022 zu entsprechen (act. 14).
- 14 Am 28. November 2022 stellte das Fachsekretariat der ECom den Parteien die Eingaben der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 vom 24. November und jene der Gesuchsgegnerin 1 vom 25. November 2022 gegenseitig zur Kenntnis zu (act. 15).
- 15 Auf Einzelheiten des Sachverhalts und der Eingaben der Gesuchstellerin sowie der Gesuchsgegnerinnen 1-3 wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

II Erwägungen

1 Zuständigkeit

- 16 Nach Artikel 62 Absatz 3 EnG entscheidet die ElCom, vorbehaltlich Absatz 4, bei Streitigkeiten aufgrund der Artikel 15, 16-18 und 73 Absätze 4 und 5. Die Artikel 16 ff. EnG regeln den Eigenverbrauch resp. den Zusammenschluss zum Eigenverbrauch (ZEV). Für die Feststellung, ob der vorliegend durch die Gesuchsgegnerinnen 1-3 am 21. September 2022 bei der Gesuchstellerin beantragte ZEV zulässig ist oder nicht, ist die ElCom demnach zuständig.
- 17 Gemäss Artikel 22 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) überwacht die ElCom die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Die ElCom ist insbesondere zuständig für den Entscheid im Streitfall über den Netzzugang sowie die Überprüfung der Netznutzungstarife und -entgelte und die Elektrizitätstarife im Streitfall oder von Amtes wegen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a und b StromVG).
- 18 Im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach StromVG kommt der ElCom eine umfassende Kompetenz zu (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3343/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 1.1.2.2). Sie ist daher grundsätzlich überall dort zuständig, wo die Entscheid- und Verfügungskompetenz nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2850/2014 vom 28. Mai 2015 E. 5.3). Ist dabei eine Frage aus einem anderen Rechtsgebiet zu beurteilen, die Auswirkungen auf den nach StromVG zu beurteilenden Sachverhalt hat, so darf die ElCom vorfrageweise darüber befinden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6689/2012 vom 18. Februar 2014 E. 1.1.2; E. 8.5).
- 19 Somit ist die ElCom ebenfalls zuständig für die Frage, welches die stromversorgungsrechtlichen Folgen eines ZEV sind Artikel (18 Absatz 1 EnG und Artikel 6 Absatz 1 StromVG).
- 20 Die Ersatzversorgung ist in der bundesrechtlichen Stromversorgungsgesetzgebung jedoch nicht geregelt. Gesetzlich reguliert ist einzig die Lieferpflicht und die Tarifgestaltung für Endverbraucher in der Grundversorgung (Art. 6 StromVG). Die Preise für die Energielieferung im Netzzugangsmodell, bei welchem die Endverbraucher freie Wahl des Lieferanten haben, werden zivilrechtlich bzw. vertraglich festgelegt und sind einer staatlichen Beeinflussung entzogen (Urteil des Bundesgerichts 2C_518/2012 vom 23. November 2012 E. 2.2). Da sich ein ersatzversorgter Endverbraucher immer noch im freien Markt befindet, gilt dies auch für die Preise resp. die Vertragsausgestaltung in der Ersatzversorgung. Für die Beurteilung des 2. Antrages des Gesuchs der Gesuchstellerin vom 11. Oktober 2022 sowie des 2. Antrages des Gesuchs der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 (act. 1) um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 24. November 2022 (act. 13) ist die ElCom demnach nicht zuständig.

2 Parteien und rechtliches Gehör

2.1 Parteien

- 21 Als Parteien gelten nach Artikel 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.
- 22 Die Gesuchstellerin hat bei der ElCom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingereicht. Sie ist somit materielle Verfügungsadressatin. Ihr kommt Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu. Im vorliegenden Verfahren ist insbesondere streitig, ob der vorliegend von den

Gesuchsgegnerinnen 1-3 bei der Gesuchstellerin beantragte ZEV zulässig ist. Damit sind die Gesuchsgegnerinnen 1-3 vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen. Auch die Gesuchsgegnerinnen 1-3 haben daher Parteistellung nach Artikel 6 VwVG.

2.2 Rechtliches Gehör

- 23 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Eingaben der Gesuchstellerin wurden den Gesuchsgegnerinnen 1-3 zur Stellungnahme unterbreitet. Überdies wurden die Stellungnahmen der Gesuchsgegnerinnen 1-3 der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt. Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die diese zugrundeliegenden Argumente werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

3 Feststellungsinteresse

- 24 Gemäss Artikel 25 Absatz 2 VwVG muss ein Gesuchsteller bei einem Begehren um Feststellungsverfügung ein schutzwürdiges Interesse nachweisen. Er muss belegen, dass das Risiko nachteiliger Dispositionen besteht und dass ein allfälliges künftiges Verhalten, dessen Rechtsfolgen zu klären sind, wahrscheinlich ist. Kein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn ein Gesuchsteller seine Interessen ebenso gut durch den Erlass einer alsbald möglichen Leistungs- oder Gestaltungsverfügung wahren kann. Die Feststellungsverfügung ist damit subsidiär, wobei diese Subsidiarität nicht vorbehaltlos und absolut verstanden werden darf. Der Erlass einer Feststellungsverfügung darf wie bereits erwähnt etwa dann nicht verweigert werden, wenn die gesuchstellende Person vor dem Risiko nachteiliger Dispositionen bewahrt werden kann. Ebenso muss ein Feststellungsverfahren zulässig sein, wenn damit grundlegende Fragen vorweg geklärt werden können und sich so ein eventuell aufwendiges Verfahren über Leistungs- oder Gestaltungsbegehren erübrigt (AUER/MÜLLER/SCHINDLER, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2018, Art. 25 Rz. 16).
- 25 Das Bundesgericht versteht unter dem Feststellungsinteresse in konstanter Rechtsprechung «ein rechtliches oder tatsächliches Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses [...], dem keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, und welches nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann» (BGE 130 V 388 E. 2.4 S. 391 f.)
- 26 Die Gesuchstellerin macht geltend, es sei für sie aufgrund bestehender hochpreisiger Bedingungen am Strommarkt unerlässlich, dass von der angerufenen Aufsichtsbehörde klargestellt wird, unter welchen Bedingungen die Gesuchsgegnerin 2 im nächsten Kalenderjahr mit Strom zu beliefern sei. Die derzeit bestehende Rechtsunsicherheit, wie mit einer Endverbraucherin umzugehen sei, die per nicht tatbestandsmässigem (und rechtsmissbräuchlichem) ZEV in die Grundversorgung «zurückzukehren» versuche, sei nicht zumutbar. Sollte die Gesuchsgegnerin 2 in die Grundversorgung zurückkehren können, so würden mit den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 Endverbraucher mit einem jährlichen Stromverbrauch von ungefähr 20 GWh in die Grundversorgung zurückkehren und müssten von der Gesuchstellerin mit Strom versorgt werden. Die Gesuchstellerin müsste für diesen Fall möglichst frühzeitig den erheblichen Energiemehrabsatz einkaufen. Eine Leistungsklage sowie eine Gestaltungsklage würden sich nicht dafür eignen, diese Rechtsunsicherheit aus dem Weg zu räumen (act. 1 Rz. 10).
- 27 Des Weiteren bringt die Gesuchstellerin vor, auch sämtliche Endverbraucher in der Grundversorgung im Versorgungsgebiet der Gesuchstellerin 1 hätten ein erhebliches Interesse daran, dass die angerufene Behörde klarstellt, ob die Gesuchsgegnerin 2 mit ihrem konstruierten ZEV in die Grundversorgung «zurückgelangen» kann. Die Endverbraucher seien es nämlich,

welche die Konsequenzen einer solchen «Rückkehr» tragen würden, weil die für die Abdeckung des Strombedarfs der Gesuchsgegnerin 2 erforderliche Mehrenergie zu Strompreisen einkaufen müsste, die höher sind als die Grundversorgungstarife. Genau dieses Szenario drohe in casu, da sich die Energielieferantin der Gesuchstellerin (die [...]) auf den Standpunkt stelle, dass die Gesuchstellerin beim Einkauf des Stroms für die Versorgung der Gesuchsgegnerin 2 nicht von den üblichen Aktionärspreisen (die Gesuchstellerin ist eine Aktionärin der [...]) profitieren könne. Dadurch drohe für die Gesuchstellerin ein Verlustgeschäft von voraussichtlich 20 bis 25 Mio. Schweizer Franken. Dies könnte ab 2024 zu höheren Grundversorgungstarifen für sämtliche Endverbraucher im Versorgungsgebiet der Gesuchstellerin führen. Es bestehe ein erhebliches Interesse der Allgemeinheit an der Feststellung, ob ein freier Marktkunde in Zeiten von hohen Strompreisen mittels Vorschiebens eines nicht tatbestandsmässigen und offensichtlich rechtsmissbräuchlichen ZEV zu Lasten der festen Endverbraucher in die Grundversorgung «zurückkehren» könne (act. 1 Rz. 11).

- 28 Die Gesuchsgegnerinnen 1-3 haben am 21. September 2022 bei der Gesuchstellerin die Bildung eines ZEV per 1. Januar 2023 beantragt. Ein Erlass einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich.
- 29 Die Gesuchstellerin legt dar, dass sie sich aus Gründen der Planungssicherheit im Klaren sein muss, unter welchen Bedingungen die Gesuchsgegnerin 2 im nächsten Kalenderjahr mit Strom zu beliefern ist. Damit hat die Gesuchstellerin ein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellungsverfügung nachgewiesen.
- 30 Die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 beantragen mit Eingabe vom 3. November 2022, es sei festzustellen, dass der mit Schreiben vom 21. September 2022 beantragte Zusammenschluss zum Eigenverbrauch die gesetzlichen Voraussetzungen nach Artikel 17 EnG erfülle und dass dieser zulässig sei (act. 5). Insbesondere die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 dürften – auch wenn sie dies nicht explizit vorbringen – ebenfalls ein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellung haben, ob der von ihnen beantragte ZEV zulässig ist oder nicht.
- 31 Mit einer Feststellungsverfügung können vorliegend ausserdem grundlegende Fragen im Zusammenhang mit der Zulässigkeit eines ZEV und dessen Folgen sowie einem allfälligen Rechtsmissbrauch geklärt werden, was bedeutet, dass sich ein späteres, aufwendigeres Verfahren über Gestaltungs- oder Leistungsbegehren erübrigen dürfte. Des Weiteren stehen einer Feststellungsverfügung vorliegend weder private noch öffentliche Interessen (vgl. Rz. 27 entgegen).

4 Vorbringen der Parteien

4.1 Vorbringen der Gesuchstellerin

- 32 Die Gesuchstellerin bringt vor, die Gesuchsgegnerin habe von ihrem Netzzugangsrecht (Opt-out-Option) Gebrauch gemacht und beschaffe den von ihr für ihre Geschäftstätigkeit benötigten Strom am Betriebsstandort [...] auf dem freien Markt. Für Endverbraucher, die von ihrer Opt-out-Option Gebrauch machen, entfalle die Lieferpflicht des Betreibers des Verteilnetzes nach Artikel 6 StromVG endgültig (Art. 11 Abs. 2 StromVV). Eine spätere Rückkehr des Endverbrauchers zurück in das Regime der öffentlich-rechtlichen Grundversorgung durch den Verteilnetzbetreiber sei gesetzlich ausgeschlossen bzw. nicht vorgesehen (Urteil des Bundesgerichts 2C_739/2010 vom 6. Juli 2011, E. 4.5). Diese rechtliche Ausgangslage sei in Bezug auf die Situation der Gesuchsgegnerin 2 unbestritten. Aufgrund von entsprechenden Korrespondenzen sei jedoch ersichtlich, dass die Gesuchsgegnerin 2 zusammen mit der Vermieterin ihrer Betriebsliegenschaften in [...] (Gesuchsgegnerin1) und mit ihrer hundertprozentigen Tochtergesellschaft (Gesuchsgegnerin 3) aufgrund der am Strommarkt massiv steigenden Beschaffungspreise über einen ZEV letztendlich darum herumkommen will, ab dem 1. Januar

2023 über den regulierten Grundversorgungspreisen liegende Stromkosten tragen zu müssen (act. 1 Rz. 22 ff.).

- 33 Das Fachsekretariat der ECom gehe davon aus, dass ein ZEV grundsätzlich eine neue Verbrauchsstätte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 StromVV darstelle, welche konsequenterweise über die Grundversorgung mit Strom zu beliefern sei. Zum Zeitpunkt der Gründung gehe die ECom somit davon aus, dass ein ZEV sich in der Grundversorgung befinde, sofern nicht für den ZEV selbst ein Opt-Out aus der Grundversorgung erfolge (vgl. Mitteilung ECom vom 7.12.21, Frage 5). Diese Haltung stehe grundsätzlich im Einklang mit der gesetzlichen Konzeption des ZEV. Ob die akute Bildung eines ZEV mit dem Ziel der «Rückkehr» eines Endverbrauchers in die Grundversorgung rechtsmissbräuchlich sei, werde von der ECom zwar nicht beantwortet, aber dennoch in den Raum gestellt und von einer Einzelfallprüfung abhängig gemacht. (act. 1 Rz. 33 f.)
- 34 Ungenau sei die ECom jedoch betreffend den Zeitpunkt, ab dem ein ZEV sich in der Grundversorgung befinde bzw. ab wann ein ZEV als einziger (und neuer) Endverbraucher gelte. Gemäss ECom befinde sich der ZEV ab dem Zeitpunkt der «Gründung» in der Grundversorgung. Dies sei zu präzisieren. Erstens sei die Grundvoraussetzung für ein ZEV im Sinne von Artikel 17 EnG, dass die gesamte Produktionsleistung am Ort der Produktion im Verhältnis zur Anschlussleistung am Messpunkt des Zusammenschlusses erheblich sei. Als erheblich gelte nach Artikel 15 EnV ein Verhältnis von mindestens 10 Prozent. Solange keine funktionsfähige, stromliefernde PV-Anlage bestehe, fehle die Grundvoraussetzung eines jeden ZEV. Bis zur Inbetriebnahme einer PV-Anlage blieben die zukünftig am ZEV teilnehmenden Personen also einzelne Endverbraucher im Sinne der Energie- und Stromversorgungsgesetzgebung. Zweitens könne der Zeitpunkt der Gründung eines ZEV in vielen Fällen, gerade wenn die Teilnehmer des ZEV so schnell wie möglich in die Grundversorgung zurückwollen, gar nicht zuverlässig festgestellt werden, da kein schriftlicher Vertrag (und schon gar keine Gesellschaftsgründung) erforderlich sei. Drittens halte Artikel 18 Absatz 1 EnG fest, dass die Endverbraucher nach dem Zusammenschluss gegenüber dem Netzbetreiber über einen einzigen Messpunkt wie ein Endverbraucher verfügten. Frühestens ab dem Zeitpunkt des Bestehens dieser technischen Installationen seien die Teilnehmer des ZEV gemeinsam als neue Verbrauchsstätte im Sinne der Stromversorgungsgesetzgebung zu betrachten (act. 1 Rz. 35 ff.).
- 35 Beim von den Gesuchstellerinnen geplanten ZEV erfolge in der angegebenen Konstellation kein Zusammenschluss mehrerer Grundeigentümer. Nur eine Partei, die [...], sei Grundeigentümerin der vom geplanten ZEV erfassten Grundstücke, weitere Grundeigentümer seien nicht involviert. Ein Fall von Artikel 17 Absatz 1 EnG liege damit offensichtlich nicht vor. Da die Grundeigentümerin selbst auf ihren Parzellen des geplanten ZEV keinen Strom zu eigenen Zwecken verbrauche und damit auch keine Endverbraucherin sei, bestehe unter den Gesuchsgegnerinnen und Antragstellerinnen des ZEV kein gemeinsamer Eigenverbrauch im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 EnG (act. 1 Rz. 46 f.).
- 36 Weiter sei beachtlich, dass die am ZEV beteiligten Grundstücke der Gesuchsgegnerin 1 bereits heute nur über einen Netzanschluss an das Verteilnetz der Gesuchstellerin verfügen; daran ändere der Umstand von zwei Messpunkten, jeweils mit einem amtlich geeichten Zähler nichts (der eine Zähler diene dem Verbrauch der Gesuchsgegnerin 2 und der andere dem Verbrauch der Gesuchsgegnerin 3; dazu sei anzumerken, dass diese beiden Zähler einzig aus dem Grund errichtet worden seien, um die Kriterien für die Rückerstattung des Netzzuschlags gem. Art. 39 ff. EnG zu erfüllen). Diese duale Zählung werde auch durch den ZEV nicht verändert. Folglich sei die mit einem ZEV verfolgte Zielsetzung, nach der Umsetzung des ZEV neu nur noch über einen Netzanschlusspunkt zu verfügen, auch nicht adressiert, was aber gemäss gesetzlicher Konzeption des ZEV ein wichtiger Punkt für die Beurteilung eines ZEV als neuen Netzanschlussnehmer mit neuem Recht zur Opt-Out-Option ist (act. 1 Rz. 48 f.).
- 37 Infolge fehlender Tatbestandsmässigkeit eines ZEV erfolge keine neue Verbrauchsstätte. Sollte die ECom jedoch in Bezug auf die Tatbestandsmässigkeit des ZEV zu einem anderen Schluss

kommen und den geplanten ZEV grundsätzlich als tatbestandskonform ansehen, so dürfe der ZEV trotzdem nicht dazu führen, dass der Gesuchsgegnerin 2 eine «Rückkehr» in die Grundversorgung, wie von ihr ausdrücklich angestrebt, gelinge. Die Einführung eines ZEV wäre in dieser Sachverhaltskonstellation rechtsmissbräuchlich und würde dem gesetzlichen Prinzip «einmal frei, immer frei» widersprechen (act. 1 Rz. 50).

4.2 Vorbringen der Gesuchsgegnerinnen

- 38 Die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 bringen vor, Hintergrund des geplanten ZEV sei insbesondere – gerade angesichts der Energiekrise – das Ziel, die Eigenproduktion zu erhöhen. Dies stehe im Einklang mit dem politischen Willen, erneuerbare Energien voranzutreiben und zu fördern. (act. 5 Rz. 7).
- 39 Sie wenden ein, die Frage des Zeitpunktes, ab wann ein ZEV als einziger (und neuer) Endverbraucher gelte, sei nicht Gegenstand des vorliegenden Gesuchs, da die EICom aufgrund der gestellten Anträge der Gesuchstellerin einzig die Frage zu beantworten habe, ob die Gesuchsgegnerin 1 bzw. die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 einen zulässigen ZEV bilden und ob sie damit Anspruch haben, in die Grundversorgung zurückzukehren. Die Gesuchsgegnerin 1 habe auf dem technischen Anschlussgesuch lediglich eine voraussichtliche Inbetriebnahme der PV-Anlage am 1. März 2023 angegeben, weil der genaue Zeitpunkt nicht mit Sicherheit feststeht, zumal es derzeit bekanntlich zu grösseren Lieferverzögerungen komme. Angestrebtes Ziel sei es nach wie vor, die PV-Anlage bereits per 1. Januar 2023 in Betrieb nehmen zu können (act. 5 Rz. 12). Es sei richtig, dass eine vorhandene Produktionsanlage eine grundsätzliche Voraussetzung für die Bildung eines ZEV darstelle (act. 12).
- 40 Wie aus dem eingereichten Antrag Zusammenschluss zum Eigenverbrauch vom 21. September 2022 sowie aus dem technischen Anschlussgesuch vom 11. Juli 2022 hervorgehe, betrage die Leistung der beauftragten PV-Anlage mindestens 840 kWp wobei die Anschlussleistung bei 8.4 MW liege. Damit liege die gesetzlich vorgeschriebene Produktionsleistung der Anlage bei mindestens 10 Prozent der Anschlussleistung. Dieses Hauptkriterium für einen ZEV sei somit erfüllt (act. 5 Rz. 15).
- 41 Des Weiteren führen die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 aus, das Gesetz sehe in Artikel 17 Absatz 2 die Möglichkeit vor, dass Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer einen gemeinsamen Eigenverbrauch am Ort der Produktion auch für Endverbraucherinnen und Endverbraucher vorsehen, die zu ihnen in einem Miet- oder Pachtverhältnis stehen. Die Gesuchstellerin würde dabei davon ausgehen, dass das Wort gemeinsam dahingehend zu interpretieren sei, dass ein gemeinsamer Eigenverbrauch im Verhältnis Grundeigentümer – Mieter/Pächter zu bestehen habe. Werde die Bestimmung aber richtig und wortlautgemäss ausgelegt, dann sei klar, dass sich der gemeinsame Eigenverbrauch auch auf ausschliessliche Mietliegenschaften beziehen kann und es nicht zwingend notwendig sei, dass der Grundeigentümer selbst den ZEV auch nutze. Vorliegend liege deshalb ein ZEV nach Artikel 17 Absatz 2 EnG vor (act. 5 Rz. 17 ff.).
- 42 Wie die Gesuchstellerin selbst festhalte, bestünden derzeit zwei Messpunkte der Gesuchsgegnerin 2 und der Gesuchsgegnerin 3. Nach dem Zusammenschluss bestehe noch ein gemeinsamer Messpunkt sowie ein Netzanschlusspunkt. Damit seien die gesetzlichen Vorgaben erfüllt, wonach nach dem ZEV noch ein Messpunkt und ein Anschlusspunkt bestünde. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass bereits heute nur ein Anschlusspunkt bestünde, wie es die Gesuchstellerin rüge. Im Gesetz lasse sich nirgends eine Bestimmung finden, welche dies nicht zulasse (act. 5 Rz. 23 f.).
- 43 Die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 bringen vor, es sei nicht ersichtlich, weshalb die Gesuchstellerin die Eigenproduktionsquote als minimal erachte und daraus einen Rechtsmissbrauch schliesse. Fakt sei, dass die gesetzlich vorgeschriebenen 10 Prozent Eigenproduktion gegeben seien (act. 5 Rz. 29).

- 44 Weshalb es rechtsmissbräuchlich sein soll, dass die Gesuchsgegnerin 1 einen ZEV bilden möchte, auch wenn sie keinen eigenen Strom auf den betreffenden Grundstücken benötige, sei auch hier nicht ersichtlich. Sinn und Zweck eines ZEV nach Artikel 17 Absatz 2 EnG sei es gerade, dass der Grundeigentümer den Strom an die Mieter / Pächter veräussern und so die Rentabilität der Liegenschaft steigern könne (act. 5 Rz. 30).
- 45 Schliesslich fügen die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 an, bei der Bildung eines ZEV der Gesuchsgegnerin 2 und der Gesuchsgegnerin 3 als Mieterin bzw. Untermieterin wäre es in dieser Konstellation gar nicht mehr möglich, sich weiterhin für den Netzzugang zu entscheiden, zumal nach der Gründung eines ZEV nur noch ein Anschlusspunkt bestehe, der von Gesetzes wegen Strom aus der Grundversorgung beziehe. Bereits aus Praktikabilitätsgründen könnten die Gesuchsgegnerin 2 und Gesuchsgegnerin 3 deshalb nicht im Netzzugang bleiben, zumal nach Bildung eines ZEV nur noch ein Anschlusspunkt bestehe, der Strom aus der Grundversorgung beziehe (act. 5 Rz. 34).

5 Materielle Beurteilung

5.1 Voraussetzungen für die Bildung eines ZEV nach Artikel 17 EnG

5.1.1 Rechtliche Grundlagen

- 46 Vorliegend ist fraglich, ob die Bildung des von den Gesuchsgegnerinnen 1-3 mit Schreiben vom 21. September 2022 bei der Gesuchstellerin per 1. Januar 2023 beantragten ZEV zulässig ist.
- 47 Sind am *Ort der Produktion* mehrere Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer Endverbraucherinnen und Endverbraucher, so können sie sich nach Artikel 17 Absatz 1 EnG zum *gemeinsamen Eigenverbrauch* zusammenschliessen, sofern die *gesamte Produktionsleistung* im Verhältnis zur Anschlussleistung am Messpunkt (Art. 18 Abs. 1 EnG) *erheblich* ist. Dazu treffen sie mit dem Anlagebetreiber und unter sich eine Vereinbarung.
- 48 Als *Eigenverbrauch* gilt nach Artikel 16 Absatz 1 EnG, wenn Betreiber von Anlagen die selbst produzierte Energie am Ort der Produktion ganz oder teilweise selber verbrauchen oder die selbst produzierte Energie zum Verbrauch am Ort der Produktion ganz oder teilweise veräussern.
- 49 Als *Ort der Produktion* gilt nach Artikel 14 Absatz 1 EnV das Grundstück, auf dem die Produktionsanlage liegt. Als Ort der Produktion gelten ebenfalls zusammenhängende Grundstücke, von denen mindestens eines an das Grundstück grenzt, auf dem die Produktionsanlage liegt. Grundstücke, die einzig durch eine Strasse, ein Eisenbahntrasse oder ein Fliessgewässer voneinander getrennt sind, gelten unter Vorbehalt der Zustimmung der jeweiligen Grundeigentümerin oder des jeweiligen Grundeigentümers ebenfalls als zusammenhängend (Art. 14 Abs. 2 EnV). Als am Ort der Produktion selber verbraucht gilt nur die Elektrizität, die zwischen der Produktionsanlage und dem Verbrauch das Verteilnetz des Netzbetreibers nicht in Anspruch genommen hat (Art. 14 Abs. 3 EnV). Die Voraussetzung der zusammenhängenden Grundstücke wurde in der revidierten EnV, welche am 1. Januar 2023 in Kraft treten wird, gestrichen (vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 23. November 2022, www.bfe.admin.ch > News und Medien > Medienmitteilungen).
- 50 Als *erheblich* gilt die *Produktionsleistung* nach Artikel 15 Absatz 1 der Energieverordnung vom 1. November 2017 (EnV, SR 730.01), sofern diese bei mindestens 10 Prozent der Anschlussleistung des Zusammenschlusses liegt.
- 51 Nach Artikel 17 Absatz 2 EnG können Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer einen *gemeinsamen Eigenverbrauch* am Ort der Produktion auch für Endverbraucherinnen und

Endverbraucher vorsehen, die zu ihnen in einem Miet- oder Pachtverhältnis stehen. Sie sind für die Versorgung der am Zusammenschluss Beteiligten verantwortlich.

- 52 Vorliegend ist fraglich, ob der von den Gesuchsgegnerinnen 1-3 mit Schreiben vom 21. September 2022 per 1. Januar 2023 bei der Gesuchstellerin beantragte ZEV die Voraussetzungen nach Artikel 17 EnG erfüllt. Zu prüfen ist demnach, ob die Voraussetzungen «Ort der Produktion», «gemeinsamer Eigenverbrauch» sowie eine «erhebliche Produktionsleistung» vorliegend gegeben sind.

5.1.2 Ort der Produktion

- 53 Als Ort der Produktion gilt nach Artikel 14 Absatz 1 EnV das Grundstück, auf dem die Produktionsanlage liegt sowie zusammenhängende Grundstücke, von denen mindestens eines an das Grundstück grenzt, auf dem die Produktionsanlage liegt. Die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 zeigen mittels der ECom am 3. November 2022 eingereichten Pläne auf, auf welchen Grundstücken die Produktionsanlage installiert werden soll und dass die weiteren vom vorgesehenen ZEV betroffenen Grundstücke allesamt zusammenhängend sind. Voraussetzung für die Bildung eines ZEV ist jedoch, dass die Produktionsanlage sich bereits auf (mindestens) einem der vom ZEV betroffenen Grundstücke befindet und eine Produktion stattfindet («Ort der Produktion»). Gemäss Angaben der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 wird angestrebt, die Produktionsanlage am 1. Januar 2023 in Betrieb zu nehmen (act. 5 Rz. 12). Die Gesuchstellerin hingegen geht nicht davon aus, dass die Anlage bereits am 1. Januar 2023 in Betrieb genommen werden kann (act. 9 Rz. 6). Somit ist festzustellen, dass diese Voraussetzung für die Bildung eines ZEV vorliegend zu dem Zeitpunkt gegeben sein wird, in welchem am Ort der Produktion Energie für den Eigenverbrauch selbst produziert wird, d.h. die entsprechende Produktionsanlage tatsächlich in Betrieb genommen worden ist.

5.1.3 Gemeinsamer Eigenverbrauch

- 54 Nach Artikel 17 Absatz 2 EnG können Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer einen gemeinsamen Eigenverbrauch am Ort der Produktion auch für Endverbraucherinnen und Endverbraucher vorsehen, die zu ihnen in einem Miet- oder Pachtverhältnis stehen.
- 55 Vorliegend ist die Gesuchsgegnerin 1 Grundeigentümerin der vom ZEV betroffenen Parzellen, selbst jedoch auf keiner der Parzellen Endverbraucherin. Die Gesuchsgegnerin 2 steht zur Gesuchsgegnerin 1 in einem Mietverhältnis und ist Endverbraucherin auf den entsprechenden Parzellen. Die Gesuchsgegnerin 3 steht zur Gesuchsgegnerin 2 in einem Untermietverhältnis und ist ebenfalls Endverbraucherin auf den entsprechenden Parzellen.
- 56 Die Gesuchstellerin bringt vor, im von den Gesuchsgegnerinnen geplanten ZEV soll gerade kein gemeinsamer Energieverbrauch von der Grundeigentümerin und der Mieterin erfolgen, sondern allerhöchstens ein gemeinsamer Energieverbrauch der Mieterin (Gesuchsgegnerin 2) und der Untermieterin (Gesuchsgegnerin 3), was aber faktisch mit einem einzigen Anschlusspunkt für beide Aktiengesellschaften schon heute der Fall sei (act. 1 Rz 47).
- 57 Die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 machen geltend, dass zwar kein ZEV im Sinne von Artikel 17 Absatz 1 EnG, jedoch einer im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 EnG vorliegen würde. Nach dieser Bestimmung könne sich der gemeinsame Eigenverbrauch auch auf ausschliessliche Mietliegenschaften beziehen. Es sei nicht notwendig, dass der Grundeigentümer den ZEV auch nutze. Sodann wäre es auch absolut praxisfremd, wenn bei einem ZEV einer Überbauung mit mehreren Mietliegenschaften jeweils auch noch ein Grundeigentümer selbst Strom beziehen müsste. Mit der Auslegung der Gesuchstellerin wäre in einer solchen Konstellation ein ZEV nicht möglich, was bereits dem gesetzgeberischen Willen widersprechen dürfte, Solaranlagen zu fördern. Dass ein ZEV in Mietüberbauungen möglich sei, zeigten sodann auch die im Leitfaden Eigenverbrauch aufgeführten Beispiele mit ZEV, so etwa das Hunziker-Areal in Zürich (vgl. Leitfaden Eigenverbrauch Energie Schweiz, S. 45). Gleiches verdeutliche bspw. die Abbildung 1 in Ziff. 3.3, S. 32 des Handbuch Eigenverbrauchsregelung HER des Verbandes

Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen VSE, welche verschiedene Konstellationen des Eigenverbrauchs diagrammässig aufzeige, worunter unter Artikel 17 Absatz 2 EnG ausgeführt werde: «Grundeigentümer richtet Eigenverbrauch für seine Mieter/Pächter bzw. künftige Eigentümer ein» (act. 5 Rz. 16 ff.).

- 58 Wie die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 richtig vorbringen, ist nach Artikel 17 Absatz 2 EnG für die Bildung eines ZEV keine Voraussetzung, dass die Grundeigentümerin oder der Grundeigentümer am Ort der Produktion selbst Endverbraucherin oder Endverbraucher ist. Aus dem Wortlaut von Artikel 17 Absatz 2 EnG geht hervor, dass Grundeigentümer und Grundeigentümerinnen einen gemeinsamen Eigenverbrauch für Endverbraucher und Endverbraucherinnen vorsehen können, die zu ihnen in einem Miet- oder Pachtverhältnis stehen, nicht aber, dass auch sie selbst die vor Ort produzierte Energie eigenverbrauchen müssen. Aus der Entstehungsgeschichte der entsprechenden Bestimmungen zum ZEV geht zudem hervor, dass in der Praxis das Bedürfnis bestand, dass Personen in einer gewissen räumlichen Nähe zur Erzeugungsanlage von deren Stromproduktion profitieren können. Demnach ging es dem Gesetzgeber darum, eine Möglichkeit zu schaffen, dass sich mehrere einzelne Endverbraucher am Ort der Produktion zusammenschliessen können, um die dezentral produzierte Energie effizient zu nutzen (vgl. Erstes Massnahmenpaket zur Energiestrategie 2050, Totalrevision der Energieverordnung, Erläuternder Bericht, Februar 2017, S. 6). Es entspricht somit durchaus auch dem Sinn und Zweck der vorliegenden Bestimmung, dass die Mieter von der Erzeugungsanlage des Grundeigentümers profitieren können, auch wenn dieser selbst am Ort der Produktion keinen eigenen Verbrauch hat.
- 59 Damit es sich um einen *gemeinsamen* Eigenverbrauch im Sinne von Artikel 17 handelt, müssen jedoch mehrere Endverbraucher den vor Ort produzierten Strom nutzen.
- 60 Die Gesuchstellerin macht geltend, dass vorliegend die Mieterin (Gesuchsgegnerin 2) und die Untermieterin (Gesuchsgegnerin 3) mit einem einzigen Anschlusspunkt für beide Aktiengesellschaften faktisch schon heute einen gemeinsamen Energieverbrauch haben (act. 1 Rz 47). Die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 widersprechen, im Gesetz lasse sich keine Bestimmung finden, die einen ZEV bei Vorliegen eines einzigen Anschlusspunktes bereits vor der Bildung des ZEV, nicht zulassen würde (act. 5 Rz. 24).
- 61 Nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b StromVG sind Endverbraucher Kunden, welche Elektrizität für den eigenen Verbrauch kaufen. Endverbraucher ist somit entweder eine natürliche Person, eine juristische Person oder eine Handelsgesellschaft. Irrelevant ist bspw. die Tatsache, dass ein Unternehmen ein anderes beherrscht (Mutter- und Tochterunternehmen) bzw. beide Unternehmen die gleiche Eigentümerschaft haben (HEINZ LEITNER / ALEX ROTHENFLUH in: KRATZ et al., Energierechtskommentar, Band I, Bern 2016, Art. 4 Abs. 1 lit. b StromVG, Rz. 7). Dass vorliegend das gesamte Areal über nur einen Anschlusspunkt an das Verteilnetz verfügt, heisst indes nicht, dass dahinter nur ein einziger Endverbraucher bestehen kann. So fallen die Mieter in einem Arealnetz ebenfalls unter den Legalbegriff der Endverbraucher, soweit sie eine eigene Verbrauchsstätte haben (vgl. BGE 141 II 141 E. 5.3.4). Unerheblich ist des Weiteren, dass es sich bei der Gesuchsgegnerin 3 um eine 100%ige Tochtergesellschaft der Gesuchsgegnerin 2 handelt (vgl. act. 1 Beilage 9). Sofern die Gesuchstellerin geltend macht, es würde sich bei der Gesuchsgegnerin 2 und der Gesuchsgegnerin 3 nicht um zwei einzelne Endverbraucher handeln, die sich grundsätzlich für einen ZEV zusammenschliessen können, ist dieser Argumentation demnach nicht zu folgen. Wie die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 richtig festhalten, ist für die Bildung eines ZEV des Weiteren keine Voraussetzung, dass die jeweiligen Endverbraucher über verschiedene (Netz)anschlusspunkte an das (öffentliche) Verteilnetz des Netzbetreibers angeschlossen sind.
- 62 Schliesslich wird auch für den gemeinsamen *Eigenverbrauch* vorausgesetzt, dass die am Ort der Produktion selbst produzierte Energie eigenverbraucht werden kann, d.h. die entsprechende Produktionsanlage in Betrieb genommen worden ist.

- 63 Sobald am Ort der Produktion Energie für den Eigenverbrauch selbst produziert wird (Art. 16 Abs. 1 EnG, Art. 14 EnV), kann somit auch diese Voraussetzung als erfüllt betrachtet werden.

5.1.4 Erhebliche Produktionsleistung

- 64 Zu prüfen bleibt, ob gemäss den vorliegenden Unterlagen die gesamte Produktionsleistung im Verhältnis zur Anschlussleistung am Messpunkt erheblich sein wird, also mindestens bei 10% der Anschlussleistung des Zusammenschlusses liegt (Art. 17 Abs. 1 EnG i.V.m. Art. 15 EnV). Gemäss dem bei der Gesuchstellerin am 21. September 2022 eingereichten Antrag ZEV der Gesuchsgegnerinnen 1-3 würde eine Produktionsanlage mit einer Leistung von 840 kWp in Betrieb genommen. Die Anschlussleistung betrage 8.4 MW (act. 5 Rz. 15). Diese Angaben (insbesondere die Angaben zur Anschlussleistung, die Produktionsanlage wurde noch nicht installiert) werden von der Gesuchstellerin nicht bestritten. Sobald am Ort der Produktion gemäss Artikel 14 EnV eine Produktionsanlage mit einer Leistung von mindestens 840 kWp in Betrieb genommen wird, ist die Voraussetzung der *erheblichen Produktionsleistung* nach Artikel 17 Absatz 1 EnG i.V.m. Artikel 15 Absatz 1 EnV ebenfalls erfüllt. Die Tatsache, dass es gemäss Aussagen der Gesuchstellerin für die Gesuchsgegnerin 2 ohne Weiteres möglich wäre, die durch die Anlage produzierte Elektrizität selber zu verbrauchen (act. 1 Rz. 54), ist vorliegend unerheblich.

5.1.5 Zwischenfazit

- 65 Zusammenfassend ist festzustellen, dass der vorliegend von den Gesuchsgegnerinnen 1-3 bei der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 21. September 2022 per 1. Januar 2023 beantragte ZEV die Voraussetzungen nach Artikel 17 EnG erfüllt, sobald am Ort der Produktion Energie für den Eigenverbrauch selbst produziert wird.

5.2 Folgen eines ZEV nach Artikel 18 Absatz 1 EnG

- 66 Gemäss Artikel 18 Absatz 1 EnG verfügen die Endverbraucherinnen und die Endverbraucher gegenüber dem Netzbetreiber gemeinsam über einen einzigen Messpunkt wie eine Endverbraucherin oder ein Endverbraucher. Sie sind gemeinsam, auch in Bezug auf die Messeinrichtung, die Messung oder den Anspruch auf Netzzugang nach den Artikeln 6 und 13 StromVG, wie eine einzige Endverbraucherin oder ein einziger Endverbraucher zu behandeln. Stromversorgungs- und energierechtlich treten somit der ZEV und nicht die am ZEV teilnehmenden Endverbraucher eigenständig auf. Somit stellt ein neu gegründeter ZEV gegenüber dem Netzbetreiber ein einziger neuer Endverbraucher dar, der sich nach Artikel 6 StromVG in der Grundversorgung befindet, sofern er nicht von seinem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch gemacht hat (vgl. dazu auch die Mitteilung des Fachsekretariates der ECom vom 7. Dezember 2021, Steigende Elektrizitätspreise: Fragen und Antworten zur unterjährigen Anpassung der Elektrizitätstarife zur Ersatzversorgung und zur Rückliefervergütung). Dies steht auch nach Ansicht der Gesuchstellerin mit der gesetzlichen Konzeption des ZEV in Einklang und ist somit unbestritten (vgl. act. 1 Rz. 34).
- 67 Am 23. November 2022 hatte der Bundesrat beschlossen, eine neue Regelung in der StromVV einzuführen, wonach Grossverbraucher, die bereits einmal von ihrem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch gemacht haben, durch den Beitritt in einen ZEV wieder in die Grundversorgung «zurückkehren» können. Allerdings dürfe dann der Grossverbraucher selbst wie auch der betroffene ZEV während sieben Jahren nicht mehr in den freien Markt wechseln. Damit sollte sichergestellt werden, dass sich der Grossverbraucher angemessen an den durch ihn verursachten (hohen) Beschaffungskosten des Verteilnetzbetreibers für die kurzfristig zusätzlich benötigte Strommenge mitbeteilige (vgl. Medienmitteilung des BFE vom 23. November 2022). Die soeben aufgeführte Folge eines ZEV (vgl. Rz. 66) wird künftig somit explizit in der StromVV verankert sein. Der neue Artikel 11 Absatz 2^{bis} StromVV lautet gemäss der publizierten provisorischen Fassung wie folgt: «Nimmt eine Verbrauchstätte, für die zuvor bereits einmal vom Anspruch auf Netzzugang Gebrauch gemacht wurde, an einem bereits bestehenden oder neu

zu gründenden Zusammenschluss zum Eigenverbrauch teil, schliesst dies die Lieferpflicht des Betreibers des Verteilnetzes gegenüber dem Zusammenschluss nicht aus. Beansprucht der Zusammenschluss diese Lieferpflicht, so kann der Anspruch auf Netzzugang für die betreffende Verbrauchsstätte frühestens nach Ablauf von sieben Jahren seit ihrer Teilnahme am Zusammenschluss wieder ausgeübt werden.». Die Bestimmung wird am 1. Januar 2023 in Kraft treten.

- 68 Gemäss der Gesuchstellerin gilt es jedoch zu präzisieren, ab wann ein ZEV als einziger, neuer Endverbraucher gelte. Erstens sei die Grundvoraussetzung für ein ZEV im Sinne von Artikel 17 EnG, dass die gesamte Produktionsleistung am Ort der Produktion im Verhältnis zur Anschlussleistung am Messpunkt des Zusammenschlusses erheblich sei. Solange keine funktionsfähige, stromliefernde Anlage bestehe, fehle die Grundvoraussetzung eines jeden ZEV. Bis zur Inbetriebnahme einer PV-Anlage blieben die zukünftig am ZEV teilnehmenden Personen also einzelne Endverbraucher im Sinne der Energie- und Stromversorgungsgesetzgebung. Zweitens könne der Zeitpunkt der Gründung eines ZEV in vielen Fällen, gerade wenn die Teilnehmer des ZEV so schnell wie möglich in die Grundversorgung zurückwollen, gar nicht zuverlässig festgestellt werden, da kein schriftlicher Vertrag (und schon gar keine Gesellschaftsgründung) erforderlich sei. Drittens halte Artikel 18 Absatz 1 EnG fest, dass die Endverbraucher nach dem Zusammenschluss gegenüber dem Netzbetreiber über einen einzigen Messpunkt wie ein Endverbraucher verfügen. Ein solcher neuer einziger Messpunkt (anstatt vorher mehrerer Messpunkte) sei somit eine unerlässliche Voraussetzung für die Errichtung eines ZEV, wobei der Verteilnetzbetreiber eine solche Messung sicherzustellen habe (Handbuch Eigenverbrauchsregelung [HER] des VSE, S. 23). Frühestens ab dem Zeitpunkt des Bestehens dieser technischen Installationen seien die Teilnehmer des ZEV gemeinsam als eine neue Verbrauchsstätte im Sinne der Stromversorgungsgesetzgebung zu betrachten. Ab diesem Zeitpunkt befinde sich der ZEV grundsätzlich in der Grundversorgung, wenn er nicht von der Opt-Out-Option bzw. von seinem Recht auf Netzzugang gemäss Artikel 11 Absatz 3 StromVV Gebrauch mache (vorausgesetzt der geschätzte Jahresverbrauch betrage mindestens 100 MWh) (act. 1 Rz. 36 ff.).
- 69 Die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 sind der Ansicht, dass die Frage, ab wann sich ein ZEV in der Grundversorgung befinde nicht Gegenstand des vorliegenden Gesuchs sei, da die EICom aufgrund der gestellten Anträge der Gesuchstellerin einzig die Frage zu beantworten habe, ob die Gesuchsgegnerin 1 bzw. die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 einen zulässigen ZEV bilden und ob sie damit Anspruch hätten, in die Grundversorgung zurückzukehren. Deshalb würden sie nicht weiter auf die Ausführungen der Gesuchstellerin eingehen. Die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 erwähnen lediglich am Rande, dass die von der Gesuchstellerin angenommenen Voraussetzungen für den Zeitpunkt, ab dem sich ein ZEV in der Grundversorgung befinde, bis zu dessen Beanspruchung ohnehin erfüllt wären, wie aus dem am 21. September 2022 eingereichten Antrag Zusammenschluss zum Eigenverbrauch hervorgehe (act. 5 Rz. 10 f.).
- 70 Die Gesuchstellerin macht in ihrer Replik vom 11. November 2022 geltend, dass die Frage des Zeitpunkts der Inbetriebnahme des ZEV für die Bearbeitung des Gesuchs und insbesondere auch für die Beurteilung der Anträge der Gesuchstellerin von Bedeutung sei, falls die EICom der Meinung der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 folgen sollte, dass die restlichen Voraussetzungen für einen ZEV erfüllt seien, was die Gesuchstellerin bestreite. Die EICom habe gemäss Rechtsbegehren 1.1. und 1.2 der Gesuchstellerin u.a. festzustellen, dass der am 21. September 2022 beantragte «ZEV» die gesetzlichen Voraussetzungen für einen ZEV nicht erfülle bzw. der am 21. September 2022 beantragte «ZEV» rechtsmissbräuchlich erfolge. Gemäss dem von der EICom zu beurteilenden Antrag der Gesuchsgegnerinnen vom 21. September 2022 beginne der ZEV am 1. Januar 2023. Der von den Gesuchsgegnerinnen beantragte ZEV könne die gesetzlichen Voraussetzungen selbstredend nur erfüllen, wenn mit diesem eine Installation und Inbetriebnahme einer PV-Anlage im Umfang von mindestens 840 kWp per 1. Januar 2023 einhergehe, wie es im Antrag der Gesuchsgegnerinnen vom 21. September 2023 (recte: 2022) auch ausdrücklich festgehalten sei. Für die Beurteilung der Rechtsbegehren sei somit die Frage des Zeitpunkts der Inbetriebnahme des ZEV zwingend zu beachten und entscheidend.

Gemäss den Informationen der Gesuchstellerin sei per heutigem Datum noch gar kein Baugesuch für die Installation der PV-Anlage eingereicht worden. Es sei darum davon auszugehen, dass schon mangels rechtzeitiger Installation und Inbetriebnahme der PV-Anlage kein gültiger ZEV zustande komme, der dem «Beginn ZEV» gemäss dem Antrag vom 21. September 2022 entspreche (act. 9 Rz. 2 ff.).

- 71 Die Gesuchstellerin hat vorliegend ein schutzwürdiges Interesse daran zu wissen, ab welchem Zeitpunkt sie den vorliegend beantragten ZEV im Rahmen der Grundversorgung zu beliefern hätte (vgl. Rz. 29).
- 72 Gemäss dem vorliegenden Antrag ZEV soll der per 1. Januar 2023 gegründete ZEV ebenfalls per 1. Januar 2023 die Wahlmöglichkeit der Strombelieferung des ZEV zu Tarifen der Grundversorgung in Anspruch nehmen (act. 1 Beilage 6).
- 73 Wie erwähnt, erfüllt der von den Gesuchsgegnerinnen 1-3 beantragte ZEV die Voraussetzungen für die Bildung eines ZEV nach Artikel 17 EnG, sobald am Ort der Produktion Energie für den Eigenverbrauch selbst produziert wird (Art. 16 Abs. 1 EnG, vgl. Rz. 65).
- 74 Zwar haben die Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer nach Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe a EnV dem Netzbetreiber drei Monate im Voraus die Bildung eines Zusammenschlusses zum Eigenverbrauch, die Vertreterin oder der Vertreter dieses Zusammenschlusses sowie daran teilnehmende Mieterinnen und Mieter oder Pächterinnen und Pächter, die nach der Bildung des Zusammenschlusses nicht mehr als Endverbraucherinnen oder Endverbraucher auftreten, mitzuteilen. Der Netzbetreiber hat sodann, falls die gesetzlichen Voraussetzungen für einen ZEV gemäss EnG und EnV erfüllt sind, die Messung als einen Endverbraucher an einem einzigen Messpunkt nach Artikel 18 Absatz 1 EnG sicherzustellen.
- 75 Falls nach diesen drei Monaten jedoch (immer) noch nicht alle Voraussetzungen für die Bildung eines ZEV erfüllt sind, bspw. die Produktionsanlage am Ort der Produktion noch nicht in Betrieb genommen werden kann, heisst dies jedoch nicht, dass dann trotzdem automatisch die Folgen eines ZEV eintreten. Dies lässt sich aus den entsprechenden Bestimmungen nicht ableiten und würde zu stossenden Ergebnissen führen. So könnte ein ZEV Monate oder (bspw. bei Lieferschwierigkeiten) sogar Jahre bevor selbst Energie produziert wird, bereits Rechtswirkungen entfalten. Nicht auszuschliessen wären ebenfalls Fälle, in denen ein ZEV Rechtswirkungen entfalten würde, aus vielfältigen Gründen jedoch später nie eine eigene Produktionsanlage in Betrieb genommen würde und somit gar nie Eigenverbrauch realisiert würde. Dies hätte vom Gesetzgeber nicht gewollte Konsequenzen zur Folge, nämlich einerseits die Möglichkeit zur Bündelung für die Geltendmachung eines «allfälligen Anspruchs» auf Netzzugang nach Artikel 18 Absatz 1 EnG i.V.m. Artikel 11 StromVV oder andererseits umgekehrt die Zuordnung in die Grundversorgung gemäss Artikel 18 Absatz 1 EnG i.V.m. Artikel 6 Absatz 1 StromVG, die für Endverbraucher auf dem freien Markt grundsätzlich ausgeschlossen ist (Art. 11 Abs. 2 StromVV). Mit der formellen Mitteilung eines ZEV beim Netzbetreiber gemäss Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe a EnG und der vertraglichen Regelung des (künftigen) Innenverhältnisses allein ist noch nicht gewährleistet, dass je selber Energie am Ort der Produktion produziert wird. Die Entfaltung von Rechtswirkungen durch den ZEV vor dessen Bestehens, also noch bevor am Ort der Produktion Energie für den Eigenverbrauch selbst produziert wird, ist deshalb ausgeschlossen. Des Weiteren soll der Eigenverbrauch und somit auch ein ZEV nach dem gesetzgeberischen Willen einen Anreiz bilden, selber Energie zu produzieren (vgl. Rz. 81). Es würde somit auch Sinn und Zweck der entsprechenden Bestimmungen widersprechen, wenn die an einen ZEV angeknüpften Rechtsfolgen ebenfalls eintreten würden, wenn (noch) gar keine Energie selber produziert wird.
- 76 Der vorliegend vorgesehene ZEV befindet sich als ein einziger, neuer Endverbraucher nach Artikel 18 Absatz 1 EnG erst dann in der Grundversorgung, wenn sämtliche Voraussetzungen für die Bildung eines ZEV erfüllt sind, namentlich auch die entsprechende Produktionsanlage in Betrieb genommen worden ist.

- 77 Nach Artikel 6 Absatz 1 StromVG treffen Betreiber der Verteilnetze die erforderlichen Massnahmen, 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. Vorliegend besteht eine Lieferpflicht der Gesuchstellerin nach Artikel 6 Absatz 1 StromVG erst zum Zeitpunkt, als sämtliche Voraussetzungen eines ZEV erfüllt sind, namentlich auch die Produktionsanlage am Ort der Produktion in Betrieb genommen worden ist.

5.3 Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Artikel 2 Absatz 2 ZGB

- 78 Nach Artikel 2 Absatz 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Mit diesem Rechtsmissbrauchsverbot kommt ein allgemeines Rechtsprinzip zum Ausdruck, das auch im Rahmen des öffentlichen Rechts Anwendung findet. Artikel 2 Absatz 2 ZGB dient als korrigierender «Notbehelf» für die Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde (Urteil 4A_665/2018 des Bundesgerichts vom 25. Februar 2019 E. 1.3). Das Gesetz verlangt einen «offenbaren» Rechtsmissbrauch. Im Zweifel ist ein Rechtsmissbrauch zu verneinen (BGE 131 III 222 E. 4, IVO SCHWANDER in: JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, STEPHAN WOLF, MARC AMSTUTZ, ROLAND FANKHAUSER (Hrsg.), ZGB Kommentar, 4. Auflage 2021 Art. 2 Rz. 4). Rechtsmissbrauch liegt namentlich dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will, oder wenn die Inanspruchnahme eines Rechts zu einem stossenden, vom Gesetzgeber nicht gewollten Resultat führt (Urteil 8C_585/2008 des Bundesgerichtes vom 27. März 2009 E. 5.3.1). Rechtsmissbräuchliches Verhalten zeichnet sich gerade dadurch aus, dass es den anspruchsbegründenden Tatbestand nur nach dem Wortlaut, nicht auch nach dem Sinn des Gesetzes erfüllt (PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Bern 2022, Rz. 500).
- 79 Die Gesuchstellerin macht geltend, wenn ein ZEV einzig mit dem Ziel gegründet werde, bei hohen Preisen auf dem Strommarkt und bei bereits geltend gemachtem Recht auf Netzzugang in die Grundversorgung «zurückzugelangen», um damit das realisierte Risiko einer Preissteigerung am freien Markt auf die Allgemeinheit abzuwälzen, liege dementsprechend ein nicht schützenswertes rechtsmissbräuchliches Verhalten vor. Der Nachweis eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens sei in der Regel schwierig; im vorliegenden Fall sei die Absicht der Gesuchsgegnerinnen, welche hinter der absolut minimalen Erhöhung der Eigenproduktionsquote stehe, jedoch offensichtlich und von ihr bestätigt (vgl. act. 1 Beilagen 10,11 und 12). Sollte die geplante PV-Anlage (ohne ZEV) errichtet werden, so könnte die Gesuchsgegnerin 2 damit lediglich einen Bruchteil des Strombedarfs decken, den sie selber verbrauche. Ein ZEV helfe ihr darum nicht, die Eigenverbrauchsquote zu erhöhen. Es sei für die Gesuchsgegnerin 2 ohne Weiteres möglich, den gesamten mit der geplanten PV-Anlage produzierten Strom selbst zu verbrauchen. Ausgehend von 1'500 Sonnenstunden pro Jahr könnte mit der geplanten PV-Anlage Energie im Umfang von ca. 1.26 GWh (840 kWp*1'500 h) produziert werden. Der jährliche Energiebedarf der Gesuchsgegnerin 2 liege demgegenüber bei total ca. 20 GWh. Die Gesuchsgegnerin 2 sei folglich nicht darauf angewiesen, den Strom an unabhängige Untermieter oder den Grundstückseigentümer zu verkaufen. Ein Zusammenschluss mit der Gesuchsgegnerin 3 erhöhe die Eigenverbrauchsquote darum nicht. Gemäss dem Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen VSE sei der Umstand, dass keine Erweiterung von PV-Produktion und keine Änderung der Verbrauchsprofile erfolge, ein Hinweis auf eine unzulässige Rückkehr in die Grundversorgung. Denn die gesetzliche Motivation zur Bildung eines ZEV sei die Erhöhung des Eigenverbrauchsgrads und damit eine Ersparung der entsprechenden Netzkosten (vgl. VSE Empfehlung: Anspruch auf Belieferung aus Grundversorgung vom 13.5.2022, www.strom.ch > Downloads). Es bestehe, abgesehen von der Gesetzesumgehung in der Form einer Aushebelung des Grundsatzes «einmal frei, immer frei», kein sachlicher Grund für die Bildung eines ZEV und die Gesuchsgegnerin 2 scheine auch kein Geheimnis daraus machen zu wollen (act. 1 Rz. 53 f. und 58). Es sei im vorliegenden Fall erwiesen, dass der ZEV nur erfolge, damit dieser

ausschliesslich den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 gewähren kann, von akut günstigeren Grundversorgungskonditionen zu profitieren (nachdem diese jahrelang für die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 deutlich unvorteilhafter gewesen seien, als der Strombezug zu Marktpreisen). Die Gründung des ZEV sei damit das in der NZZ vom 6. September 2022, S. 7, von NR Grossen als «Buebetrickli» bezeichnete Vorgehen, um auch bei extrem hohen Marktpreisen im Jahr 2023 weiterhin günstig an Strom zu kommen. Dies widerspreche dem stromversorgungsrechtlich verfolgten Ziel der Marktteilliberalisierung, verbunden mit dem Grundsatz «einmal frei, immer frei» und stehe nicht im Einklang mit dem eigentlich mit dem ZEV verfolgten Vorteil, dass der produzierte Strom lokal, ohne Beanspruchung des Verteilnetzes produziert, verbraucht und entsprechend in der Regel gesamthaft günstiger und ökologisch belastungsfreier erzeugt werden könne. Um die eigene Stromproduktion gehe es den Gesuchsgegnerinnen nicht: dies gehe aus ihrem Antrag aufgrund von verschiedenen Hinweisen hervor: So sei eine Stromproduktion mittels der zu errichtenden PV-Anlage in der Höhe von 840 kWp geplant (gemäss TAG erbringe die PV-Anlage eine Leistung von 893, 8 kWp) und damit in einer Höhe, die das gesetzliche Minimum von 10 Prozent der Anschlussleistung (Art. 15 EnV) gar nicht bzw. nur unwesentlich übersteige (act. 1 Rz. 55). Da eine Rückkehr in die Grundversorgung gesetzlich nicht vorgesehen sei, versuche die Gesuchsgegnerin 2, die vom Gesetzgeber nicht gewollte Rückkehr in die Grundversorgung mittels Errichtung eines ZEV zu erreichen. Dies sei eine offensichtlich rechtsmissbräuchliche Gesetzesumgehung. Selbst wenn der geplante ZEV gemäss Einschätzung der angerufenen Behörde die gesetzlichen Voraussetzungen für einen ZEV erfülle, dürfe dies in casu darum nicht dazu führen, dass eine Rückkehr in die Grundversorgung vorliegend ermöglicht werde (act. 1 Rz. 59). Die für die Teilliberalisierung des Strommarktes fundamentale Regel der «Unmöglichkeit der Rückkehr in die Grundversorgung» würde ad absurdum geführt, wenn mit einem ZEV, der einzig und allein zum Zweck der Rückkehr in die Grundversorgung erfolgt, eine solche auch gelinge. Es würde dem Willen des Gesetzgebers diametral widersprechen, wenn Unternehmen wie die Gesuchsgegnerin 2 (inkl. ihrer Tochtergesellschaft, der Gesuchsgegnerin 3) auf dem freien Markt von tiefen Stromkosten profitieren könnten, Verluste aber kollektiviert und auf die an der Grundversorgung gebundenen (festen) Endverbrauchern abgewälzt werden könnten (act. 1 Rz. 60). Auch der Bundesrat habe am 31. August 2022 im vorliegenden Kontext und in Kommentierung der Interpellation Zopfi (Interpellation Zopfi, Nr. 22.3856, «Rechtssicherheit in der Stromversorgung» vom 17.6.2022) Stellung genommen. Bei den Anhaltspunkten für eine rechtsmissbräuchliche Ausgestaltung nenne der Bundesrat, offensichtlich in Anlehnung an die Ansicht des VSE, den fehlenden oder nicht nennenswerten Ausbau der am Ort der Produktion vorhandenen Produktionsleistung oder die nicht vorhandene oder nur marginale Erhöhung des Eigenverbrauchsgrads einer vorhandenen Produktionsanlage (act. 1 Rz 53).

- 80 Die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 bringen vor, es sei nicht ersichtlich, weshalb die Gesuchstellerin die Eigenproduktionsquote als minimal erachte und daraus einen Rechtsmissbrauch schliesse. Das Gesetz spreche dann von einer erheblichen Eigenproduktionsquote, wenn die Produktionsleistung der Anlage bei mindestens 10 Prozent der Anschlussleistung des Zusammenschlusses liege. Vorliegend betrage die Produktionsleistung der beauftragten PV-Anlage 847.1 kWp. Bei einer Anschlussleistung von 8.4 MW seien dies mehr als 10 Prozent. Unter diesem Gesichtspunkt könne von einem Hinweis für einen Rechtsmissbrauch keine Rede sein (act. 5 Rz. 29). Es sei nicht ersichtlich, weshalb es rechtsmissbräuchlich sein solle, dass die Gesuchsgegnerin einen ZEV bilden möchte, auch wenn sie keinen eigenen Strom auf den betreffenden Grundstücken benötige. Sinn und Zweck eines ZEV nach Artikel 17 Absatz 2 EnG sei es gerade, dass der Grundeigentümer den Strom an die Mieter/Pächter veräussern und so die Rentabilität der Liegenschaft steigern könne. Weiter entspreche es dem politischen Willen, erneuerbare Energien einzusetzen. Dies zeige auch die jüngste Debatte im Parlament auf (Interpellation von Mathias Zopfi, SR 22.3856). Wie Ständerat Zopfi zutreffend festhalte, sei volkswirtschaftlich die Rückkehr in die Grundversorgung über einen ZEV wohl die bessere Alternative als ein Produktionsstopp aufgrund von Energiemangel oder Energiepreise. Insbesondere mit Blick auf die bestehende Energiekrise dürfte ein möglichst rascher Zubau, insbesondere auch bei Photovoltaikanlagen, im allgemeinen Interesse liegen. So habe sich auch Bundesrätin Sommaruga dafür ausgesprochen, dass die Möglichkeit via ZEV in die

Grundversorgung wechseln zu können, bestehen bleiben soll. Der ZEV solle nicht unattraktiv gemacht werden, da die Leute dort ja auch investieren sollten (act. 5 Rz. 32). Nach der vom Bundesrat beschlossenen Anpassung der Stromversorgungsverordnung per 1. Januar 2023 bestünden keine Zweifel mehr, dass der vorgesehene ZEV und damit die Rückkehr in die Grundversorgung zulässig sei (act. 12).

- 81 Zweck des EnG ist gemäss Artikel 1 Absatz 1 EnG das Beitragen «zu einer ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung». Das EnG bezweckt die Sicherstellung einer wirtschaftlichen und umweltverträglichen Bereitstellung und Verteilung der Energie, die sparsame und effiziente Energienutzung und den Übergang hin zu einer Energieversorgung, die stärker auf der Nutzung erneuerbarer Energien, insbesondere einheimischer erneuerbarer Energien gründet (Art. 1 Abs. 2 Bst a.-c. EnG). Der Eigenverbrauch soll Einsparungen bei den Energiebezugskosten ermöglichen und somit einen Anreiz bilden, selber Energie zu produzieren. Dem Eigenverbrauch kommt deshalb im Rahmen der Energiestrategie hinsichtlich des Ausbaus und der Dezentralisierung der Energie und insbesondere der Elektrizitätsproduktion sowie der angestrebten Erhöhung der Selbstversorgung eine wichtige Bedeutung zu (BBl 2013 7561 S. 7627).
- 82 Die Bildung eines ZEV wurde vorliegend als grundsätzlich zulässig erachtet (vgl. Rz 65). Vorliegend hätten die Gesuchsgegnerinnen möglicherweise ohne die von ihnen anvisierte Option, als ein einziger neuer Endverbraucher gemäss Artikel 18 Absatz 1 EnG (neu) in der Grundversorgung zugeordnet zu werden, keine Absicht gehabt, zum Zwecke des gemeinsamen Eigenverbrauchs eine eigene Produktionsanlage zu installieren. Es ist somit nicht auszuschliessen, dass die Hauptmotivation der Gesuchsgegnerinnen für die Bildung eines ZEV die Belieferung in der Grundversorgung aufgrund der aktuell sehr hohen Marktpreise ist und nicht der Zubau von umweltverträglicher Stromproduktion an sich oder das Ersparnis von Netznutzungsentgelt auf der eigenverbrauchten Elektrizität.
- 83 Aufgrund dieser möglichen Motivation der Gesuchsgegnerinnen, sich aus der Grundversorgung beliefern zu lassen, abzuleiten, die Bildung des ZEV an sich sei rechtsmissbräuchlich, geht jedoch zu weit. Die Hürden für das Feststellen eines (offenbaren) Rechtsmissbrauchs sind hoch (vgl. Rz. 78). Der Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen VSE gibt in seiner Empfehlung «Anspruch auf Belieferung aus Grundversorgung vom 13. Mai 2022» (vgl. www.strom.ch > Downloads) als Hinweis für eine unzulässige Rückkehr in die Grundversorgung den Umstand an, dass weder eine Erweiterung der PV-Produktion noch eine Änderung der Verbrauchsprofile erfolge. Der Bundesrat nennt in seiner Stellungnahme vom 31. August 2022 zur Interpellation Zopfi (SR 22.3856) ebenfalls Anhaltspunkte für das Vorliegen einer rechtsmissbräuchlichen Ausgestaltung eines ZEV. Diese könnten dann bestehen, wenn mit der Gründung eines ZEV kein oder kein nennenswerter Ausbau der am Ort der Produktion vorhandenen Produktionsleistung einhergehe oder wenn sich der Eigenverbrauchsgrad einer vorhandenen Produktionsanlage nicht oder nur marginal erhöhe. In solchen Fällen sei der Sachverhalt näher zu prüfen. Ob ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen vorliege, sei von der ElCom und gegebenenfalls den Rechtsmittelinstanzen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls zu prüfen.
- 84 Vorliegend soll eine neue PV-Anlage in Betrieb genommen werden. Die selbst produzierte Energie soll eigenverbraucht werden. Dies entspricht dem Zweck der Förderung der erneuerbaren Energien und des Eigenverbrauchs gemäss EnG. Eine zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstitutes kann somit vorliegend nicht angenommen werden. Vielmehr führt die Rechtsfolge des vorgesehenen ZEV gemäss Artikel 18 Absatz 1 EnG für die Gesuchsgegnerinnen zu einem Vorteil, nämlich, dass sie sich als ein einziger, neuer Endverbraucher in der Grundversorgung befinden werden. Diesen Vorteil wollen die Gesuchsgegnerinnen offensichtlich nutzen und dürfen dies auch.
- 85 Festzustellen, dass die Voraussetzungen für den ZEV und dessen Zuordnung in die Grundversorgung erfüllt sind, würde somit auch nicht zu einem «krassem Unrecht» führen, das über Artikel 2 Absatz 2 ZGB korrigiert werden müsste. Vorliegend ist demnach festzustellen,

dass die Bildung des von den Gesuchsgegnerinnen 1-3 am 21. September 2022 bei der Gesuchstellerin beantragten ZEV nicht als rechtsmissbräuchlich einzustufen ist.

6 Fazit

- 86 Vorliegend ist festzustellen, dass der von den Gesuchsgegnerinnen 1-3 bei der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 21. September 2022 per 1. Januar 2023 beantragte ZEV die Voraussetzungen nach Artikel 17 EnG erfüllt, sobald am Ort der Produktion Energie für den Eigenverbrauch selbst produziert wird und die Produktionsleistung der Anlage bei mindestens 10 Prozent der Anschlussleistung des Zusammenschlusses liegt. Ab diesem Zeitpunkt gilt der vorliegend vorgesehene ZEV als ein einziger, neuer Endverbraucher nach Artikel 18 Absatz 1 EnG, der sich in der Grundversorgung befindet und es besteht eine Lieferpflicht der Gesuchstellerin nach Artikel 6 Absatz 1 StromVG.
- 87 Des Weiteren ist festzustellen, dass die Bildung des von den Gesuchsgegnerinnen 1-3 am 21. September 2022 bei der Gesuchstellerin beantragten ZEV nicht als offenbar rechtsmissbräuchlich einzustufen ist.

7 Ersatzversorgung

- 88 Die Gesuchstellerin beantragt, es sei festzustellen, dass, wenn die Gesuchsgegnerin 2 der Gesuchstellerin keinen gültigen Stromliefervertrag ab dem 1. Januar 2023 vorweise, die Gesuchsgegnerin 2 von der Gesuchstellerin gemäss deren privatrechtlichen Konditionen der «Ersatzversorgung von freien Endverbrauchern 2023, gültig ab 1. Januar 2023» ersatzversorgt werde, sofern sie dazu ihre privatrechtlichen Pflichten erfülle (act. 1 Rechtsbegehren 2.).
- 89 Mangels Zuständigkeit der ECom zur Beurteilung der vertraglichen Ausgestaltung der Ersatzversorgung ist auf das 2. Rechtsbegehren des Gesuchs der Gesuchstellerin vom 11. Oktober 2022 nicht einzutreten (siehe Rz. 20).

8 Gesuch der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 um Erlass vorsorglicher Massnahmen

- 90 Die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 beantragen, die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, für die Dauer des vorliegenden Verfahrens und bis zu einem rechtskräftigen Entscheid die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 ab dem 1. Januar 2023 mit Strom aus der Grundversorgung zu beliefern (1. Rechtsbegehren, act. 13).
- 91 Vorliegend wurde festgestellt, dass der vorgesehene ZEV erst als ein einziger, neuer Endverbraucher nach Artikel 18 Absatz 1 EnG gilt und sich somit in der Grundversorgung befindet, wenn die Produktionsanlage am Ort der Produktion in Betrieb genommen worden ist (Rz.86). Erst dann besteht eine Lieferpflicht der Gesuchstellerin nach Artikel 6 Absatz 1 StromVG. Das 1. Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 24. November 2022 ist somit gegenstandslos geworden, weshalb nicht darauf einzutreten ist.
- 92 Eventualiter beantragen die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3, die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, für die Dauer des Verfahrens und bis zu einem rechtskräftigen Entscheid die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 ab dem 1. Januar 2023 mit Ersatzenergie (Ersatzversorgung) zum Spotpreis zu beliefern (2. Rechtsbegehren, act. 13).

- 93 Mangels Zuständigkeit der ElCom zur Beurteilung der vertraglichen Ausgestaltung der Ersatzversorgung ist auf das 2. vorsorgliche Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 24. November 2022 nicht einzutreten (siehe Rz. 20).

9 Begehren der Gesuchstellerin um Anordnung einer Sicherheitsleistung durch die Gesuchsgegnerinnen

- 94 Die Gesuchstellerin beantragt, dass im Falle der Gewährung einer vorsorglichen Massnahme, welche die Gesuchstellerin dazu verpflichtet, die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 ab dem 1. Januar 2023 für die Dauer des vorliegenden Verfahrens mit Strom zu Bedingungen der Grundversorgung zu beliefern, die Gesuchsgegnerinnen unter solidarischer Haftung zu verpflichten seien, der Gesuchstellerin zur Sicherstellung gegenüber den Gesuchstellerinnen 2 und 3 (recte: Gesuchsgegnerinnen 2 und 3) die voraussichtlich für den Stromeinkauf anfallenden Kosten jeweils halbjährlich im Voraus zu bezahlen (act. 7).
- 95 Vorliegend ist auf die Anträge der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 13) nicht einzutreten (vgl. Rz. 91 ff.). Das 1. Begehren in der Eingabe der Gesuchstellerin vom 4. November 2022 (act. 7) ist somit gegenstandslos, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

10 Parteientschädigung

- 96 Die Gesuchstellerin wie auch die Gesuchsgegnerinnen 1-3 beantragen eine Parteientschädigung.
- 97 Weder das StromVG 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 (BGE 132 II 47 E. 5.2 mit weiteren Hinweisen). Aus diesem Grund wird vorliegend keine Parteientschädigung gesprochen.

11 Gebühren

- 98 Die ElCom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung Gebühren (Art. 21 Abs. 5 StromVG, Artikel 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 75 bis 250 Franken pro Stunde (Art. 3 GebV-En).
- 99 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 230 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von [...] Franken.
- 100 Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 1 Abs. 3 GebV-En i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Haben mehrere Parteien den Erlass einer Verfügung veranlasst, werden die dadurch entstandenen Gebühren nach dem Unterliegerprinzip auferlegt. Dies entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der für zahlreiche kostenpflichtige staatliche Verfahren

üblich ist (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 653; BGE 132 II 47 E. 3.3).

- 101 Vorliegend haben die Gesuchsgegnerinnen 1-3 mit Schreiben vom 21. September 2022 bei der Gesuchstellerin einen Antrag Zusammenschluss zum Eigenverbrauch gestellt (act. 1 Beilage 6). Die Gesuchstellerin hat diesen gegenüber den Gesuchsgegnerinnen 1-3 nicht (direkt) abgelehnt, sondern bei der ECom am 11. Oktober 2022 ein Gesuch um Feststellungsverfügung eingereicht. Somit wurde die vorliegende Verfügung durch die Gesuchstellerin veranlasst. Die Gebühren werden somit vollumfänglich der Gesuchstellerin auferlegt.

III Entscheid

Gestützt auf diesen Erwägungen wird verfügt:

1. Es wird festgestellt, dass der von der [...], der [...] sowie der [...] mit Schreiben vom 21. September 2022 bei den [...] per 1. Januar 2023 beantragte Zusammenschluss zum Eigenverbrauch die gesetzlichen Voraussetzungen gemäss Artikel 17 EnG erfüllt, sobald am Ort der Produktion Energie für den Eigenverbrauch selbst produziert wird und die Produktionsleistung der Anlage bei mindestens 10 Prozent der Anschlussleistung des Zusammenschlusses liegt. Ab diesem Zeitpunkt besteht für den Zusammenschluss eine Lieferpflicht der [...] nach Artikel 6 Absatz 1 StromVG.
2. Es wird festgestellt, dass die Bildung des von der [...], der [...] sowie der [...] mit Schreiben vom 21. September 2022 bei den [...] per 1. Januar 2023 beantragten Zusammenschlusses zum Eigenverbrauch nicht offenbar rechtsmissbräuchlich im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 ZGB ist.
3. Auf das 2. Rechtsbegehren der Eingabe der [...] vom 11. Oktober 2022 wird mangels Zuständigkeit nicht eingetreten.
4. Auf das 1. Rechtsbegehren der Eingabe der [...] vom 4. November 2022 wird infolge Gegenstandslosigkeit nicht eingetreten.
5. Auf das 1. Rechtsbegehren des Gesuchs der [...] und der [...] um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 24. November 2022 wird infolge Gegenstandslosigkeit nicht eingetreten.
6. Auf das 2. Rechtsbegehren des Gesuchs der [...] und der [...] um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 24. November 2022 wird mangels Zuständigkeit nicht eingetreten.
7. Es wird keine Parteientschädigung gesprochen.
8. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] Franken. Sie wird vollumfänglich den [...] auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
9. Die Verfügung wird den [...], der [...], der [...] sowie der [...] mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 13. Dezember 2022

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Werner Luginbühl
Präsident

Urs Meister
Geschäftsführer

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

– [...]

– [...]

– [...]

IV Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, einzureichen (Art. 50 VwVG, Art. 23 StromVG, Art. 66 Abs. 2 EnG). 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 (Art. 22a VwVG).

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 (Art. 52 Abs. 1 VwVG).