



Referenz/Aktenzeichen:

Bern, 17. November 2008

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

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

in Sachen: **X. AG** (Gesuchstellerin)

und **Y. AG** (Gesuchsgegnerin)

betreffend **Lieferpflicht und Tarifgestaltung für feste Endverbraucher nach Art. 6 StromVG; Qualifikation der X. AG als Endverbraucherin, die auf Netzzugang im Sinn des StromVG verzichtet; Gesuch um vorsorgliche Massnahmen**



I. Sachverhalt

Die Gesuchstellerin bezieht seit Jahrzehnten elektrische Energie von der Gesuchsgegnerin. Die Lieferung basierte ausnahmslos auf individuellen Energielieferungsverträgen, da die Gesuchsgegnerin mangels vergleichbarer Kunden auf der [...] kV-Ebene für solche Endverbraucher keine Kundenkategorie kennt und diese daher nicht als „Tarifkunden“ behandeln kann.

Zwischen der Gesuchstellerin und Gesuchsgegnerin besteht ein Vertrag vom 12. Februar 1999 über die Belieferung der X. AG mit elektrischer Energie (nachfolgend: Energielieferungsvertrag 1999; Beilage Nr. 4 Gesuchstellerin). Dazu gehören Allgemeine Bedingungen vom 12. Februar 1999 für die Lieferung von elektrischer Energie an Grosskunden der Y. AG (nachfolgend: AGB Y. AG; Beilage Nr. 5 Gesuchstellerin) sowie eine Strompreisvereinbarung zwischen den Parteien vom 7. Dezember 2006 (nachfolgend: Strompreisvereinbarung 2006; Beilage Nr. 6 Gesuchstellerin). Der Energielieferungsvertrag 1999 wurde für die Dauer von drei Jahren, d.h. bis zum 31. Dezember 2001, abgeschlossen und wurde nie explizit verlängert. Erneuert wurden nur die Strompreisvereinbarungen als Ergänzungen zum Energielieferungsvertrag 1999. Die geltende Strompreisvereinbarung 2006 dauert bis zum 31. Dezember 2008. Gemäss Ziff. 4 der Strompreisvereinbarung bezieht die Gesuchstellerin die elektrische Energie im Jahr 2008 zum Einheitspreis (inkl. Netzbenutzungsgebühren loco Abgabestellen und Kosten für Systemdienstleistungen, exkl. MWSt.) von [...] Rp./kWh. Ziff. 7 der gleichen Vereinbarung sieht weitere Sonderkonditionen für die Gesuchstellerin vor.

Die Gesuchsgegnerin ist weiterhin bereit, die Gesuchstellerin auf vertraglicher Basis mit elektrischer Energie zu beliefern. Für die Zeit ab dem 1. Januar 2009 hat sie der Gesuchstellerin am 16. September 2008 ein bis am 3. Oktober 2008 befristetes Angebot für eine längerfristige Belieferung unterbreitet (Beilage Nr. 9 Gesuchsgegnerin). Ein weiteres Angebot wurde der Gesuchstellerin am 7. Oktober 2008 unterbreitet (Beilage Nr. 19 Gesuchsgegnerin). Gemäss ihrer Aussage ist 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.

In ihrer Eingabe vom 27. August 2008 stellt die Gesuchstellerin folgende Anträge betreffend vorsorgliche Massnahmen:

1. Die Y. AG sei zu verpflichten, für die Dauer des Verfahrens der X. AG jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zum Einheitspreis von [...] Rp./kWh im Sinn von Ziff. 4 der Strompreisvereinbarung vom 7. Dezember 2006 zu liefern; im Übrigen sei für die Dauer des Verfahrens weiterhin die Strompreisvereinbarung vom 7. Dezember für anwendbar zu erklären.
2. Die Strompreiserhöhung von 10% sei unter den Vorbehalt der Rückerstattung nach Abschluss des Verfahrens zu stellen.

In ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2008 hat die Gesuchstellerin diese Anträge nicht mehr als vorsorgliche Massnahmen, sondern als Anordnungen vorsorglichen Charakters bezeichnet.

In der Stellungnahme zu diesem Massnahmebegehren stellt die Gesuchsgegnerin in ihren Eingaben vom 19. September 2008 und vom 15. Oktober 2008 folgende Rechtsbegehren:

1. Die Massnahmebegehren Ziff. 1 und Ziff. 2 seien vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten ist:



2. Eventualiter zu Ziff. 1 sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin für die während der Verfahrensdauer zu liefernde Energie bis am 31. Dezember 2008 den gemäss Ziff. 4 der Strompreisvereinbarung vom 7. Dezember 2006 geschuldeten Preis und ab 1. Januar 2009 sämtliche mit der Beschaffung der zu liefernden Energie zusammenhängende Kosten zu bezahlen;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

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. Vorsorgliche Massnahme

Das Verfahren der ECom richtet sich nach dem Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) einerseits und nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021; vgl. Art. 1 VwVG) andererseits. Das VwVG sieht keine vorsorglichen Massnahmen im erstinstanzlichen Verfahren vor. Inhalt und Voraussetzungen von vorsorglichen Massnahmen ergeben sich allerdings aus dem materiellen Recht, dessen Durchsetzung die vorsorgliche Massnahme sichern soll (KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, N 333 f.).

Voraussetzung für eine vorsorgliche Massnahme ist, dass ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil droht, also die Rechtsdurchsetzung gefährdet ist. Zudem muss zeitliche Dringlichkeit vorliegen. Die angeordnete Massnahme hat verhältnismässig zu sein und es sollte geprüft werden, ob die geplante Endverfügung voraussichtlich rechtens sein und durch die vorsorgliche Massnahmen nicht präjudiziert oder verunmöglicht wird (KÖLZ/HÄNER, N 333 ff.; BGE 127 II 132 ff.; E. 3 mit weiteren Hinweisen). Die vorsorgliche Massnahme dient unter anderem dazu, bedrohte Interessen einstweilen sicher zu stellen (Art. 56 VwVG analog). Sie wird gestützt auf eine summarische Prüfung der Rechts- und Sachlage angeordnet (BGE 127 II 132 ff.; E. 3).

a. Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil und Dringlichkeit

Der Schriftenwechsel zu den Anträgen in der Hauptsache ist noch nicht abgeschlossen, das Verfahren ist somit noch nicht entscheidungsreif. Die Gesuchstellerin ist darauf angewiesen, dass sie auch ab dem 1. Januar 2009 mit elektrischer Energie beliefert wird.

Vorsorgliche Massnahmen können auch angeordnet werden, um wirtschaftliche Interessen zu schützen (BGE 127 II 132 ff.; E. 3). Würde sich die Gesuchsgegnerin weigern, die Gesuchstellerin mit elektrischer Energie zu beliefern, würde diese ihren Betrieb einstellen müssen, d.h. einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil erleiden.



b. Dringlichkeit

Die Angelegenheit ist zeitlich dringlich, da die Strompreisvereinbarung zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin am 31. Dezember 2008 abläuft. Aus diesem Grund ist es der Gesuchstellerin nicht zumutbar, das Resultat der von der ECom im gleichen Verfahren zu entscheidenden Anträgen in der Hauptsache abzuwarten.

c. Verhältnismässigkeit

Eine Massnahme ist dann verhältnismässig, wenn sie zur Beseitigung des Nachteils nicht bloss geeignet, sondern in sachlicher Hinsicht auch erforderlich ist, d.h. wenn die Beseitigung des Nachteils nicht mit milderem (vorsorglichen) Massnahmen erreicht werden kann (HÄNER ISABELLE, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR] 1997, S. 314, Rz. 74).

Die Gesuchstellerin hat wie erwähnt ein Interesse daran, weiterhin mit elektrischer Energie beliefert zu werden. Die Gesuchsgegnerin ist gemäss ihren Aussagen grundsätzlich weiterhin zur Lieferung dieser Energie bereit. Die ins Auge gefasste Massnahme dient dazu, die Lieferung ab dem 1. Januar 2009 sicherzustellen.

Ein gewichtiges Interesse der Gesuchsgegnerin, welches dieser Massnahme entgegensteht, ist nicht ersichtlich. Falls sich im Rahmen des Hauptverfahrens herausstellen sollte, dass die Preise für die Elektrizitätslieferung zu hoch oder zu tief angesetzt wurden, können diese von der jeweiligen Partei rückerstattet werden.

Der von der ECom ins Auge gefassten Massnahme stehen damit keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegen. Die Massnahme erweist sich somit auch gesamthaft als verhältnismässig.

d. Prognose in der Hauptsache

Die Prognose in der Hauptsache kann bei der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen vor allem berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist. Vorliegend ist eine klare Prognose aufgrund einer vorläufigen summarischen Prüfung nicht möglich. Bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten kann bei der Prognose in der Hauptsache Zurückhaltung geübt werden, weil die entsprechenden Entscheidungsgrundlagen erst im Hauptverfahren ermittelt bzw. festgelegt werden (BGE 127 II 132 ff.; E. 3).

Die Prognose in der Hauptsache steht also der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen jedenfalls nicht entgegen. Die Endverfügung wird durch eine dem Antrag entsprechende vorsorgliche Massnahme nicht präjudiziert oder verunmöglicht.

e. Fazit

Die Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme sind gegeben.

2. Lieferung elektrischer Energie ab dem 1. Januar 2009

Die Gesuchsgegnerin ist bereit, mit der Gesuchstellerin 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.

Im Interesse der Versorgungssicherheit der Gesuchstellerin während des Verfahrens stellt die EICom die Versorgungspflicht der Gesuchsgegnerin von Amtes wegen fest.

3. Festlegung des Preises für die Energielieferung ab dem 1. Januar 2009

Der Strompreis ist für die Gesuchstellerin ein wesentlicher Standortfaktor. Die Stromkosten für das Jahr 2008 betragen CHF [...]

Gemäss Strompreisvereinbarung 2006 bezahlt die Gesuchstellerin bis zu deren Ablauf am 31. Dezember 2008 [...] **Rp./kWh** (Vollversorgung [...] Rp./kWh; NNE Y. AG [...] Rp./kWh; ohne Einrechnung Sonderkonditionen).

Für die Dauer des Verfahrens ab dem 1. Januar 2009 schlägt die Gesuchstellerin vor, den heute gültigen Tarif mit einem Zuschlag von 10% zu verwenden: [...] **Rp./kWh** (Berechnung: Stromtarifanteil 2008 = [...] Rp./kWh, davon 10% = [...] Rp./kWh; [...] Rp./kWh + [...] Rp./kWh = [...] Rp./kWh).

Die Offerte der Gesuchsgegnerin vom 7. Oktober 2008 für das Jahr 2009 (Beilage Y. AG 19) sieht einen Preis von [...] **Rp./kWh** vor (Fahrplanenergie [...] Rp./kWh; Annahme Ausgleichsenergie: [...] Rp./kWh; NNE Y. AG [...] Rp./kWh; SDL 0.9 Rp./kWh, KEV 0.45 Rp./kWh).

Mit der vorliegenden Verfügung soll das Kostenrisiko sowohl auf die Gesuchstellerin als auch auf die Gesuchsgegnerin verteilt werden. Die Übertragung des Kostenrisikos auf nur eine Partei wäre unverhältnismässig. Je nach Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache wird die EICom eine nachträgliche Kompensation verfügen.

Rein rechnerisch liegt der Mittelwert zwischen dem Vorschlag der Gesuchstellerin und der letzten Offerte der Gesuchsgegnerin bei [...] Rp./kWh.

Das Bundesamt für Energie BFE überprüft derzeit mögliche Varianten einer Revision der Stromverordnungsverordnung (StromVV; SR 734.71). Die Revision der StromVV bezweckt unter anderem eine Senkung der Netznutzungstarife und damit eine generelle Preisreduktion. Auf dieser Grundlage gerechnet müsste die Offerte der Gesuchsgegnerin also unter [...] Rp./kWh liegen, dementsprechend auch der Mittelwert von [...] Rp./kWh.

Unter diesen Voraussetzungen rechtfertigt sich eine Absenkung unter den Mittelwert von [...] Rp./kWh. Die EICom legt den Preis für die Energielieferung ab dem 1. Januar 2009 auf [...] **Rp./kWh** (all-inclusive, exkl. MWSt.) fest.

4. Stellungnahme der Preisüberwachung

Die Preisüberwachung ist gemäss ihrer Stellungnahme vom 14. Oktober 2008 mit den von der EICom vorgeschlagenen vorsorglichen Massnahmen einverstanden. Sie äussert sich nicht zum Preis der



Energielieferung ab dem 1. Januar 2009, da dies im Rahmen des Entscheides in der Hauptsache zu prüfen sei.

5. 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).

Für die vorliegende Verfügung wird ein Gebührenansatz von CHF [...] / Stunde in Rechnung gestellt. Bei einem Zeitaufwand von [...] Stunden ergibt sich vorliegend 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]). Die Gebühren werden mit dem Entscheid in der Hauptsache auferlegt.

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Die Gesuchsgegnerin muss die Gesuchstellerin ab dem 1. Januar 2009 für die Dauer des Verfahrens weiterhin mit elektrischer Energie zu einem Preis von [...] Rp./kWh beliefern.
2. Die Vergütung der elektrischen Energie nach Ziffer 1 steht unter dem Vorbehalt der nachträglichen Kompensation unter den Parteien je nach Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache.
3. Einer allfälligen Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
4. Die Gebühren für diese Verfügung werden mit dem Entscheid in der Hauptsache auferlegt.
5. Diese Verfügung wird den Parteien mit eingeschriebenem Brief gegen Rückschein eröffnet.

Bern, 17. November 2008

Eidgenössische Elektrizitätskommission (ECom)

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Leiter Fachsekretariat ECom



Zu eröffnen:

- Gesuchstellerin
- Gesuchsgegnerin

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.