



Referenz/Aktenzeichen:

Bern, 14. September 2009

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ECom

Zusammensetzung: Carlo Schmid-Sutter, Präsident; Brigitta Kratz, Vizepräsidentin; Hans-Jörg Schötzau, Vizepräsident; Anne Christine d'Arcy, Aline Clerc, Werner K. Geiger, Matthias Finger

in Sachen: **X. SA**

(Gesuchstellerin)

gegen **Y. SA und Z. SA**

(beide zusammen als Gesuchsgegnerin)

betreffend **Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen**



I Sachverhalt

A.

Die X. SA (Gesuchstellerin) wird von der [...] (Y. SA und Z. SA, gemeinsam als Gesuchsgegnerin bezeichnet) mit elektrischer Energie beliefert. Die Gesuchstellerin gehört zur Gruppe der [...]. Diese hat die Gesuchstellerin im Jahr 2005 aus einem Nachlassverfahren herausgekauft. Die Gesuchstellerin hat einen Jahresbedarf an Elektrizität von rund 8 GWh (act. 1).

Vom 1. Januar 2006 bis am 30. Juni 2008 wurde die Gesuchstellerin gemäss den von der Gesuchsgegnerin eingereichten Unterlagen zum [...] beliefert. Auf diesen Tarif erhielt sie im Jahr 2007 einen Rabatt von [...], sie bezahlte demnach durchschnittlich [...] Rp./kWh anstatt [...] Rp./kWh. Auch im Jahr 2008 profitierte die Gesuchstellerin von einem Rabatt in einer ähnlichen Grössenordnung. Der Vollversorgungspreis belief sich 2008 mit diesem Rabatt auf [...] Rp./kWh anstatt auf [...] Rp./kWh. Aufgrund einer Vereinbarung vom 26. Februar 2008 und vom 11. März 2008 erfolgte die Belieferung ab dem 1. Juli 2008 bis am 31. Dezember 2008 zum [...], was eine Erhöhung des bisherigen Tarifs mit sich brachte. Die Gesuchsgegnerin glich diese Erhöhung mit einem zusätzlichen, ausserordentlichen Rabatt aus. Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen waren in den Beträgen jeweils nicht enthalten (act. 4, S. 4/5).

Mit Schreiben vom 20. Oktober 2008 hat die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin eine Offerte für die Stromlieferung für die Jahre 2009-2011 zum Preis von [...] Rp./kWh unterbreitet (nur Elektrizität, Netznutzung 2009 bei [...] Rp./kWh, das heisst total [...] Rp./kWh, Offerte für freien Markt; ohne Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen; act. 1, S. 3).

Der durchschnittliche Elektrizitätstarif für die Gesuchstellerin im Jahr 2009 wäre nach Aussage der Gesuchsgegnerin bei [...] Rp./kWh gelegen (Tarif für Endverbraucher in der Grundversorgung; wovon [...] Rp./kWh für Elektrizität, ohne Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen; act. 4, S. 5).

Die Gesuchstellerin hat die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 28. Oktober 2008 informiert, dass sie von ihrem Recht auf freien Netzzugang keinen Gebrauch machen wird, und dass sie davon ausgeht, dass sich der Elektrizitätstarif auch künftig an den Gestehungskosten orientiert (act. 1, S. 3).

Bis zur Eingabe des Gesuches um Erlass vorsorglicher Massnahmen am 30. Dezember 2008 ist zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin kein Vertragsabschluss über die weitere Belieferung mit Elektrizität ab dem 1. Januar 2009 zustande gekommen.

B.

In ihrem Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen vom 30. Dezember 2008, stellt die Gesuchstellerin folgende Rechtsbegehren:

„1. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin ab 1. Januar 2009 und bis zur Einreichung einer Klage der Gesuchstellerin per spätestens 31.3.2009 betreffend

- *Lieferpflicht und Tarif-/Preisgestaltung der Gesuchsgegnerin sowie*



- *der Qualifikation der Gesuchstellerin als Endverbraucherin, welche auf den Netzzugang im Sinne des StromVG verzichtet*

und während dem anschliessenden Verfahren bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides in der Hauptsache jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zum bisherigen Einheits- und Vollversorgungspreis von [...] Rp./kWh zuzüglich maximal 20% sowie die gesetzlich geschuldete MWST und allfällige Gemeindeabgaben und Steuern zu liefern.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“

Die Eingabe der Gesuchstellerin begründet sich im Wesentlichen damit, dass die finanziellen Folgen der Verteuerung der Elektrizität die unternehmerische Perspektive der Gesuchstellerin in Frage stelle.

C.

Das Fachsekretariat der ECom (Fachsekretariat) hat mit Schreiben vom 13. Januar 2009 ein Verfahren eröffnet und die Gesuchsgegnerin aufgefordert, zum Antrag der Gesuchstellerin bis am 30. Januar 2009 Stellung zu nehmen (act. 3). Die Gesuchsgegnerin ist dieser Aufforderung mit Eingabe vom 30. Januar 2009 fristgerecht nachgekommen (act. 4).

In der Stellungnahme beantragt die Gesuchsgegnerin, das Massnahmebegehren der Gesuchstellerin unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen, soweit dieses überhaupt zulässig sei. Als Argument bringt sie hauptsächlich vor, dass die Gesuchstellerin in der Vergangenheit von Rabatten profitiert habe, welche die Stromkosten in einer schwierigen Übergangsphase nach dem Nachlassverfahren tief gehalten haben. Die Gesuchsgegnerin beliefert die Gesuchstellerin auch seit dem 1. Januar 2009 als Endverbraucherin, die auf ihr Recht auf freien Netzzugang verzichtet, weiterhin mit elektrischer Energie.

Mit Verfügung vom 19. Februar 2009 hat die ECom das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit der Begründung, es liege kein leicht wieder gutzumachender Nachteil vor, abgelehnt.

D.

In Ihrer Eingabe vom 26. Mai 2009 stellt die Gesuchstellerin nun das folgende Rechtsbegehren (act. 10):

„Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin während dem laufenden Verfahren vor der ECom (Referenz/Aktenzeichen: [...]) und bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides in der Hauptsache jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zum (Vollversorgungs-) Preis von [...] Rp./kWh (inkl. gesetzlich geschuldete MWSt, allfällige Gemeindeabgaben und andere Steuern, unter Vorbehalt weiterer Reduktionen wegen künftig tieferen Netznutzungsentgelten) zu liefern.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“

Als Begründung bringt die Gesuchstellerin im Wesentlichen vor, dass die ihr von der Gesuchsgegnerin in Rechnung gestellten Beträge einen Strompreis von circa [...] Rp./kWh (inkl. Taxen, ohne MWSt.)



ergäben. Gemäss eigener Aussage überwies die Gesuchstellerin für den Energieverbrauch in den Monaten Januar, Februar und März einen Betrag von CHF [...]. Dies entspricht in einem Preis von [...] Rp./kWh (ohne MWSt.). Auch für die folgenden Monate habe und werde die Gesuchstellerin bis zu einem Entscheid in der Hauptsache [...] Rp./kWh (Vollversorgungspreis) für die Elektrizitätsversorgung bezahlen.

Mit Schreiben vom 25. Juni 2009 (act. 11) hat das Fachsekretariat die Gesuchsgegnerin aufgefordert, zum erneuten Antrag zum Erlass vorsorglicher Massnahmen der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen. Die Gesuchsgegnerin ist dieser Aufforderung mit Schreiben vom 10. Juli 2009 (act. 13) fristgerecht nachgekommen.

Die Gesuchsgegnerin beantragt in ihrer Stellungnahme, dass der Antrag der Gesuchstellerin abzuweisen sei.

E.

Mit Schreiben vom 25. Juni 2009 (act. 12) hat das Fachsekretariat der Gesuchstellerin mitgeteilt, dass die EICom der Gesuchsgegnerin am 18. Juni 2009 die Eröffnung eines Verfahrens von Amtes wegen zur Tarifüberprüfung (Referenz/Aktenzeichen: [...]) bekannt gegeben hatte. Gleichzeitig hat die EICom angefragt, ob die Gesuchstellerin im Tarifüberprüfungsverfahren gegen [...] Parteistellung beanspruchen will. Die Gesuchstellerin teilt in ihrer Antwort vom 10. Juli 2009 mit (act. 13), dass sie von dieser Möglichkeit Gebrauch macht.

Am 05. August 2009 teilt die Gesuchstellerin der EICom ausserdem mit, dass ihr Gesuch vom 26. Mai 2009 als gegenstandslos zu betrachten sei (act. 15). Die Gesuchsgegnerin bringt daraufhin mit Schreiben vom 20. August 2009 (act. 16) vor, dass sich die Ausstände aufgrund der von der Gesuchstellerin nicht vollständig beglichenen Rechnungen für die Zeitspanne vom 01. Januar 2009 bis Ende Mai 2009 auf CHF [...] belaufen. In Bezugnahme auf dieses Schreiben der Gesuchsgegnerin stellt die Gesuchstellerin mit Brief vom 24. August 2009 (act. 17) fest, dass erneut davon auszugehen sei, dass ihr ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohe und das Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen deshalb nicht mehr als gegenstandslos zu betrachten sei.



II Erwägungen

1 Zuständigkeit

Die ECom überwacht gemäss Artikel 22 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Die ECom ist insbesondere zuständig für die Überprüfung der Netznutzungstarife und -entgelte sowie der Elektrizitätstarife für die Endverbraucher mit Grundversorgung im Streitfall oder von Amtes wegen (Art. 22 Abs. 1 Bst. a und b StromVG).

Die Stromversorgungsgesetzgebung (StromVG und die Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 [StromVV; SR 734.71]) enthält verschiedene Vorgaben zur Berechnung der Netznutzungstarife (Art. 12 Abs. 1 StromVG; Art. 10 StromVV) und zum Tarifanteil für die Energielieferung an Endverbraucher mit Grundversorgung (Art. 4 Abs. 1 StromVV). Die vorliegende Verfügung betrifft somit zentrale Bereiche der Stromversorgungsgesetzgebung. Entsprechend ist die Zuständigkeit der ECom gegeben.

2 Parteien

Als Parteien gelten nach Artikel 6 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.

Über Parteistellung verfügt die Gesuchstellerin, welche als Endverbraucherin Elektrizität von der Gesuchsgegnerin bezieht.

Ebenfalls als Partei im Verfahren ist die Gesuchsgegnerin, das heisst die Y. SA und die Z. SA, zu qualifizieren. Die Y. SA ist eine börsennotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in [...], welche als Verteilnetzbetreiberin die in ihrem Eigentum stehenden elektrischen Anlagen in ihrem Versorgungsgebiet betreibt. Die Z. SA ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in [...]. Sie beliefert freie und feste Endverbraucher mit elektrischer Energie. Da sowohl die Y. SA als auch die Z. SA von der vorliegenden Verfügung betroffen sind, gelten beide Gesellschaften als Partei in diesem Verfahren.

3 Vorsorgliche Massnahmen

Das Verfahren der ECom richtet sich nach dem Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) und nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021; vgl. Art. 1 VwVG). Das StromVG und das VwVG sehen keine vorsorglichen Massnahmen im erstinstanzlichen Verfahren vor. Rechtsprechung und Lehre anerkennen jedoch, dass in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten unter gewissen Umständen vorsorglicher Rechtsschutz zu gewähren ist. Inhalt und Voraussetzungen von vorsorglichen Massnahmen ergeben sich allerdings aus dem materiellen Recht, dessen Durchsetzung die vorsorgliche Massnahme sichern soll (BERNHARD WALDMANN/PHILIPPE WEISSENERGER, VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf, Art. 56, N 17).



Die EICom erliess basierend auf der gesetzlichen Ausgangslage und der bestehenden verwaltungs-verfahrensrechtlichen Praxis mit Verfügung vom 17. November 2008 vorsorgliche Massnahmen (in Sachen Lieferpflicht und Tarifgestaltung für feste Endverbraucher nach Art. 6 StromVG). Mit Verfügung vom 19. Februar 2009 hat die EICom im vorliegenden Verfahren schon einmal über den Erlass von vorsorglichen Massnahmen entschieden (Entscheide der EICom abrufbar unter: www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Entscheide und Verfügungen). Das Bundesverwaltungsgericht äusserte sich ebenfalls bereits im Rahmen von Zwischenverfügungen zum möglichen Erlass vorsorglicher Massnahmen in Stromversorgungssachverhalten (Zwischenverfügung vom 22. Dezember 2008, Geschäfts-Nr. A-7862/2008, E. 1 ff.; Zwischenverfügung vom 27. August 2009, Geschäfts-Nr. A-5108/2009).

Voraussetzung für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme ist, dass ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht, also die Rechtsdurchsetzung gefährdet ist. Zudem muss zeitliche Dringlichkeit vorliegen. Die angeordnete Massnahme hat verhältnismässig zu sein, und es muss geprüft werden, ob die geplante Endverfügung voraussichtlich rechters sein und durch die vorsorgliche Massnahmen nicht präjudiziert oder verunmöglicht wird (u.a. BGE 127 II 132 ff., E. 3 mit weiteren Hinweisen). Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setzt damit einen drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil, Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit der anzuordnenden Massnahme sowie eine günstige Entscheidprognose voraus. Die vorsorgliche Massnahme dient unter anderem dazu, bedrohte Interessen einstweilen sicher zu stellen (analog Art. 56 VwVG). Sie wird gestützt auf eine summarische Prüfung der Rechts- und Sachlage angeordnet (BGE 127 II 132 ff., E. 3).

Die vorliegende Verfügung betrifft die Behandlung des Gesuchs um Erlass von vorsorglichen Massnahmen der Gesuchstellerin vom 26. Mai 2009 (act. 10).

Nachfolgend werden die vorstehend erwähnten Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen geprüft, soweit sich die Prüfung der Voraussetzungen als notwendig erweist.

3.1 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

Der Verzicht auf vorsorgliche Massnahmen muss für die Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist (u.a. Urteil Bundesgericht vom 5. September 2003, 2A.142/2003, E. 3.1).

Die Eingabe der Gesuchstellerin vom 26. Mai 2009 (act. 10, S. 6 ff.) begründet sich in Bezug auf den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil im Wesentlichen wie folgt: Der Ansicht der EICom in ihrer Verfügung vom 19. Februar 2009, wonach keine Anzeichen vorlägen, dass die Bezahlung der Stromtarife während der Dauer des Hauptverfahrens zu einem Konkurs führen sowie rückwirkend ausgeglichen werden könnte, könne zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr gefolgt werden. Die Preisvorstellungen der Gesuchsgegnerin führten zu einer Verschlechterung des Ergebnisses um CHF [...] und damit zur Überschuldung und zum Konkurs der Gesuchstellerin. Im Weiteren sei die Gesuchstellerin weiterhin auf die Lieferung von Strom angewiesen, ohne diesen müsse sie ihren Betrieb einstellen. Die definitive Schliessung der Gesuchstellerin sei ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil.

Die Gesuchsgegnerin stellt in ihren Stellungnahmen vom 30. Januar 2009 (act. 4) und vom 10. Juni 2009 (act. 13) das Vorliegen eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils in Abrede: Die Gesuchstellerin werde seit dem 01. Januar 2009 weiterhin als Endverbraucherin, die auf ihr Recht auf Netzzugang verzichtet hat, mit elektrischer Energie beliefert. Ein Unterbruch der Lieferung sei entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin nie zur Diskussion gestanden (act. 4, S. 6). Dies, obwohl die



Gesuchstellerin einseitig die Zahlungen an die Gesuchsgegnerin herabgesetzt habe. Die Schreiben vom 12. Februar 2009 und vom 12. März 2009, in welchen die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin im Falle der Nichtbezahlung mit einer Stromunterbrechung droht, seien automatisch ausgelöst worden und hätten in dieser Form nicht an die Gesuchstellerin verschickt werden dürfen. Die Gesuchsgegnerin habe darüber hinaus noch nie einem Grosskunden den Strom abgeschaltet. Vielmehr versuche die Gesuchsgegnerin, die ausstehenden Forderungen einzutreiben.

Hinsichtlich nicht leicht wieder gutzumachender Nachteile ist zu berücksichtigen, dass ein solcher Nachteil nicht vorliegt, falls allfällige finanzielle Differenzen im Hauptverfahren rückwirkend ausgeglichen werden könnten (BGE 125 II 613, E. 4.a). In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass unter Umständen auch gewisse Bedingungen finanzieller Art die Schaffung eines wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarktes und die sichere Elektrizitätsversorgung (vgl. Art. 1 Abs. 1 StromVG) behindern könnten, und mit Blick auf das materielle Recht Gegenstand vorsorglicher Massnahmen sein können.

Die Gesuchstellerin bringt in ihrer Eingabe vor, dass eine Betriebseinstellung wegen Nichtlieferung von Strom einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil darstellen würde. Diese Aussage mag zwar stimmen, ist aber vorliegend nicht von Relevanz, da die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin weiterhin mit Strom beliefert. Auch in Zukunft beabsichtigt die Gesuchsgegnerin nicht, der Gesuchstellerin die Stromversorgung zu unterbrechen. Darüber hinaus hat sie gemäss eigener Aussage einem industriellen Kunden noch nie die Stromversorgung unterbrochen (act. 12, S. 3). Vor dem definitiven Unterbruch der Versorgung müsste die Gesuchsgegnerin prüfen, ob allenfalls mildere Massnahmen (z.B. der Einbau von Prepay-Zählern) ebenfalls Ziel führend sind. Mit Schadenersatzforderungen von Kunden wegen nicht oder verspäteter Lieferung aufgrund ausgebliebener Stromlieferung ist somit weiterhin nicht zu rechnen. Es ist in dieser Hinsicht auch nicht einzusehen, dass Kunden ihre Produktion wegen eines Betriebsstillstands verlagern, wie dies die Gesuchstellerin vorbringt. Im Übrigen rechtfertigt allein eine Verschlechterung des Unternehmensergebnisses den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht.

Vielmehr trägt im vorliegenden Sachverhalt gegenwärtig die Gesuchsgegnerin das Risiko, bei einem allfälligen Konkurs der Gesuchstellerin die ausstehenden Forderungen nicht mehr oder zumindest nur noch teilweise zu erhalten.

Die ElCom hat basierend auf der gesetzlichen Ausgangslage und der bestehenden verwaltungsrechtlichen Praxis mit Verfügung vom 17. November 2008 vorsorgliche Massnahmen (in Sachen Lieferpflicht und Tarifgestaltung für feste Endverbraucher nach Art. 6 StromVG; Entscheid abrufbar unter: www.elcom.admin.ch) erlassen und gleichzeitig auch den Preis für die Elektrizitätslieferung festgelegt. Der Sachverhalt in jenem Verfahren weicht jedoch erheblich vom Sachverhalt im vorliegenden Verfahren ab. Einerseits war dort streitig, ob die Gesuchstellerin als Endverbraucherin mit Grundversorgung zu qualifizieren ist. Ausserdem war der zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung geltende Vertrag bis zum 31. Dezember 2008 befristet. Es musste also sichergestellt werden, dass die Gesuchstellerin auch ab dem 1. Januar 2009 mit Strom beliefert wird. Wie schon gesehen, beliefert vorliegend die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin als Endverbraucherin mit Grundversorgung mit Strom.

Da die finanzielle Differenz, je nach Ausgang des Hauptverfahrens nachträglich ausgeglichen werden kann, ergibt sich, dass mindestens das Erfordernis eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils vorliegend nicht gegeben ist. Es erübrigt sich deshalb, die Voraussetzungen der Dringlichkeit, der Verhältnismässigkeit und der günstigen Entscheidungsprognose im Detail zu prüfen.



3.2 Dringlichkeit

Ein Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, das heisst, dass es sich als notwendig erweist, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen (BGE 127 II 132 ff., E. 3). Der später mögliche finanzielle Ausgleich zwischen den Parteien spricht gegen das Vorliegen von Dringlichkeit. Wie in Erwägung 3.1 gesehen, ist die Dringlichkeit in Bezug auf die zukünftige Belieferung nicht gegeben, da die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin weiterhin beliefert. Es ist nicht erkennbar und wird von der Gesuchstellerin auch nicht erläutert, inwiefern dass Dringlichkeit vorliegen würde.

Das erste Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen ist am 30. Dezember 2008 (act. 1) bei der EICom eingereicht und mit Verfügung vom 19. Februar 2009 abgewiesen worden. Erst am 31. März 2009 hat die Gesuchstellerin ein Gesuch um Erlass eines Entscheides in der Hauptsache gestellt (act. 8). Darüber hinaus hat sie am 26. Mai 2009 ein zweites Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen gestellt (act. 10). Dieses hat sie mit Schreiben vom 05. August 2009 (act. 15) zuerst als gegenstandslos bezeichnet hat, um schliesslich mit Brief vom 24. August 2009 (act. 17) dennoch daran festzuhalten. Somit hat die Gesuchstellerin selbst das Verfahren um Erlass von vorsorglichen Massnahmen verzögert. Die Dringlichkeit scheint also auch aus Sicht der Gesuchstellerin nicht gegeben zu sein.

3.3 Verhältnismässigkeit

Die Verwaltungsmassnahme muss im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel erforderlich sein; sie hat zu unterbleiben wenn eine gleiche, geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf und Zürich/St. Gallen 2006, S. 125, Rz. 591). Der angestrebte Erfolg einer vorsorglichen Massnahme wäre das Ausbleiben eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils. Ein solcher droht wie erwähnt nicht. Eine weitergehende Analyse der Verhältnismässigkeit ist wegen des Bezugs zum nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil daher nicht möglich.

3.4 Entscheidprognose

Die Hauptsachenprognose kann insbesondere dann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil diesfalls die entsprechenden Entscheidungsgrundlagen erst im Hauptverfahren ermittelt werden (BGE 127 II 132 ff., E. 3).

Die EICom hat der Gesuchsgegnerin mit Datum vom 18. Juni 2009 die Eröffnung einer Überprüfung ihrer Netznutzungsentgelte sowie der Elektrizitätstarife bekannt gegeben (Referenz: [...]; vgl. act. 11). Ebenfalls hat die EICom die Gesuchstellerin angefragt, ob sie in diesem Verfahren Parteistellung beanspruchen will (act. 12). Die Gesuchstellerin hat mit Schreiben vom 10. Juli 2009 mitgeteilt (act. 13), dass sie von dieser Möglichkeit Gebrauch macht.

Die Gesuchstellerin wird von der Gesuchsgegnerin als Endverbraucherin in der Grundversorgung betrachtet. Folglich hat sie einen Anspruch, jederzeit mit der gewünschten Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Tarifen beliefert zu werden (Art. 6 Abs. 1 StromVG). Der Tarifanteil für die Energielieferung muss sich an den Gestehungskosten einer effizienten Produktion und an langfristigen Bezugsverträgen orientieren (Art. 4 Abs. 1 StromVV).



Als Endverbraucherin in der Grundversorgung wird die Gesuchstellerin demgemäss mittels Tarif beliefert. Die Verteilnetzbetreiber müssen gemäss Artikel 6 Absatz 3 StromVG für feste Endverbraucher mit gleichartiger Verbrauchscharakteristik, die von der gleichen Spannungsebene Elektrizität beziehen, einen einheitlichen Elektrizitätstarif festlegen.

Die Gesuchstellerin bringt nicht vor, wieso sie als Endverbraucherin in der Grundversorgung anders behandelt werden soll, als alle anderen Endverbraucher in der Grundversorgung. Wie gesehen, prüft die ECom momentan die Netznutzungstarife (für alle Endverbraucher) sowie die Elektrizitätstarife (für die Endverbraucher in der Grundversorgung) der Gesuchsgegnerin. Eine Prognose, wie die Überprüfung der ECom ausfallen wird, ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich. Sollte sich herausstellen, dass die Tarife zu hoch sind, kann die ECom verfügen, dass diese gesenkt werden müssen. Zuviel bezahlte Beträge müssen in der Folge zurück erstattet oder durch Senkung der Tarife kompensiert werden (Art. 19 Abs. 2 StromVV). Eine allfällige Absenkung der Tarife hat auch Auswirkungen auf die Gesuchstellerin.

3.5 Fazit

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen, insbesondere mangels Vorliegens eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils und Dringlichkeit, für den der Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen nicht erfüllt sind. Die Rechtmässigkeit der Tarife der Gesuchsgegnerin wird in einem separaten Verfahren geprüft. Die Gesuchstellerin verfügt in diesem Verfahren über Parteistellung.

4 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 CHF 250.- pro Stunde (Art. 3 GebV-En).

Mit dieser Verfügung werden auch die Kosten für die Verfügung der ECom vom 19. Februar 2009 betreffend das erste Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen auferlegt. Für diese Verfügung werden [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von CHF [...] pro Stunde, [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührensatz von CHF [...] und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von CHF [...] pro Stunde in Rechnung gestellt. Somit ergibt sich eine Gebühr von CHF [...].-

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

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

Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 1 Abs. 3 GebV-En in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Die Gesuchstellerin hat diese beiden Verfügungen durch Einreichen ihrer Gesuche veranlasst. Die Gebühr wird daher der Gesuchstellerin auferlegt.



5 Parteientschädigung

Soweit die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin die Zusprechung einer Parteientschädigung beantragen, ist darauf hinzuweisen, dass weder die Stromversorgungsgesetzgebung noch das VwVG im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren die Ausrichtung einer Parteientschädigung vorsehen. Für eine analoge Anwendung von Artikel 64 VwVG, welcher das Beschwerdeverfahren betrifft, besteht keine Raum, da es sich beim Ausschluss von Parteientschädigungen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren nicht um eine echte Lücke handelt, sondern dies vom Gesetzgeber bewusst so vorgesehen wurde (m.w.H.: BGE 132 II 47 ff., E. 5.2).



6 Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Das Gesuch der X. SA vom 26. Mai 2009 um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gebühren für die Behandlung des vorliegenden Gesuchs betragen CHF [...]-. Sie werden der Gesuchstellerin zusammen mit der Gebühr von CHF [...] - für die Verfügung der ECom vom 19. Februar 2009 auferlegt. Für beide Verfügungen ergibt sich eine Gebühr von CHF [...]-. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
3. Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.
4. Diese Verfügung wird den Parteien mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 14. September 2009

Versand:

Eidgenössische Elektrizitätskommission ECom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Leiter Fachsekretariat

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- **X. SA**
- **Y. SA und Z. SA**



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.