



Referenz/Aktenzeichen: 921-10-007

Bern, 14. Oktober 2010

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ECom

Zusammensetzung: Carlo Schmid-Sutter (Präsident), Brigitta Kratz (Vizepräsidentin), Anne Christine d'Arcy, Aline Clerc, Werner K. Geiger

in Sachen: **Genossenschaft X**

(Gesuchstellerin)

und **Genossenschaft Y**

(Gesuchsgegnerin 1)

und **Z AG**

(Gesuchsgegnerin 2)

und **Kanton**

(Gesuchsgegner 3)

betreffend **Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen; Mehrkosten Netznutzung**

003878703

Eidgenössische Elektrizitätskommission ECom
Effingerstrasse 39, CH-3003 Bern
Tel. +41 31 322 58 33, Fax +41 31 322 02 22
info@elcom.admin.ch
www.elcom.admin.ch



I Sachverhalt

A.

- 1 Die [...] (nachfolgend Gesuchstellerin) ist eine im Handelsregister eingetragene Genossenschaft mit Sitz in [...]. Sie hat den Zweck, die Einwohner von [...] mit elektrischer Energie zu versorgen (Statuten [...]). Sie versorgt rund [...] Endverbraucher ([...] Messstellen) mit Strom. Das von der Gesuchstellerin betriebene Netz liegt auf den Netzebenen 5 und 7. Das Mittelspannungsnetz (16 kV) misst rund [...] km. Die Elektrizität wird auf Netzebene 5a von der Vorliegerin (Gesuchsgegnerin 1) in das Netz der Gesuchstellerin eingespeist (act. 1E; act. 2, S.6 f.).
- 2 Die [...] (nachfolgend Gesuchsgegnerin 1) ist eine im Handelsregister eingetragene Genossenschaft mit Sitz in [...]. Sie bezweckt den Bezug von elektrischer Energie und deren Verteilung an die Strombezüger der angeschlossenen Gemeinden (Statuten [...]). Das von der Gesuchsgegnerin 1 betriebene Netz liegt auf den Netzebenen 5 und 7. Das Mittelspannungsnetz der Gesuchsgegnerin beträgt gemäss ihren Angaben [...] km und wird sowohl für die Belieferung ihrer eigenen Endverbraucher in den angeschlossenen Gemeinden als auch für den Transit der Energie in das nachgelagerte Verteilnetz der Gesuchstellerin genutzt. Die elektrische Energie wird auf Netzebene 5a von der Vorliegerin (Gesuchsgegnerin 2) in das Netz der Gesuchsgegnerin 1 eingespeist (act. 1G; act. 2 S. 7; act. 10).
- 3 Die [...] (Gesuchsgegnerin 2) ist eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in [...]. Sie beliefert sowohl die Gesuchstellerin wie auch die Gesuchsgegnerin 1 mit Elektrizität.

B.

- 4 Bis ins Jahr 2000 stand die Mittelspannungsfreileitung von rund [...], welche die Verbindung zwischen den Netzen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin 1 darstellt, im Eigentum der Gesuchsgegnerin 2. Die Gesuchstellerin war somit direkt an die Netzebene 5 der Gesuchsgegnerin 2 angeschlossen. Im Jahr 2000 verkaufte die Gesuchsgegnerin 2 diese Freileitung an die Gesuchsgegnerin 1, welche diese verkabelte und die alte Freileitung abbrach (act. 1E, Beilage a; act. 2 Ziff. II.2.1.c).
- 5 Die Gesuchstellerin, die Gesuchsgegnerin 1 wie auch die Gesuchsgegnerin 2 verfügen je über Netzabschnitte auf der Netzebene 5. Die Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 haben ihre Netzabschnitte der Ebene 5 in eine Netzebene 5a und eine Netzebene 5b unterteilt. Der jeweilige Nachlieger bezahlt den Netznutzungstarif der Netzebene 5a seines Vorliegers (act. 1E; act. 1G; act. 10).
- 6 Die elektrische Energie wird von Gesuchsgegnerin 2 über das Netz der Gesuchsgegnerin 1 an die Gesuchstellerin geliefert. Bis am 30. September 2008 erhielt die Gesuchsgegnerin 1 von der Gesuchsgegnerin 2 eine Transitentschädigung für die Durchleitung der elektrischen Energie der Gesuchsgegnerin 2 an die Gesuchstellerin (act. 1E; act. 1F; act. 1G).
- 7 Während einer Übergangszeit von Oktober 2008 bis Juni 2009, anlässlich welcher Mediationsverhandlungen zwischen den Parteien stattfanden, bezahlte die Gesuchsgegnerin 2 der



Gesuchsgegnerin 1 eine angepasste Transitgebühr für die Durchleitung elektrischer Energie an die Gesuchstellerin (act. 1 F).

- 8 Während der Mediationsverhandlung zwischen den Parteien bezahlte die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin 1 gemäss Vereinbarung einen Drittel der durch die Anschlussituation der Gesuchstellerin entstehenden Mehrkosten (act. 1B; act. 2, S. 35).
- 9 Seit dem 1. Juli 2009 stellt die Gesuchsgegnerin 2 der Gesuchsgegnerin 1 das Netznutzungs-entgelt für die Netzebene 5a in Rechnung. Basis für die Netznutzung bildet der gemeinsame Verbrauch der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin 1 (act. 1F, S. 2). Die Gesuchsgegnerin 1 wiederum stellt der Gesuchstellerin den Netznutzungstarif für ihre Netzebene 5a in Rechnung. Damit wird ein Teil der Kosten der Netzebenen 5a der Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 der Gesuchstellerin angelastet (act. 1G).
- 10 Als Folge dieser Situation sind die von den Endverbrauchern der Gesuchstellerin zu bezahlenden Netznutzungstarife hoch ([...], vgl. Strompreis-Übersicht auf www.strompreis.elcom.admin.ch).
- 11 Seit April 2010 bezahlt die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin 1 nur noch die Kosten des Netzes der Gesuchsgegnerin 2. Die für die Nutzung des Netzes der Gesuchsgegnerin 1 in Rechnung gestellten Beträge überweist die Gesuchstellerin zurzeit auf ein separates Konto (act. 2, S. 35).

C.

- 12 Die Gesuchstellerin hat das Fachsekretariat der EICom (nachfolgend Fachsekretariat) ein erstes Mal im Sommer 2008 auf ihre Situation aufmerksam gemacht. Nachdem die Parteien untereinander keine Lösung finden konnten, hat das Fachsekretariat am 23. Oktober 2009 ein Verfahren (921-08-021) eröffnet (act. 1C). Das Fachsekretariat hat den Parteien die Bildung eines Kostenverbundes zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin 1 vorgeschlagen (act. 1H). Weder die Gesuchstellerin noch die Gesuchsgegnerin 1 waren mit dem Vorschlag des Fachsekretariates einverstanden. Beide erachten die Bildung eines Kostenverbundes nur sinnvoll, sofern die Gesuchsgegnerin 2 einbezogen wird (act. 1I und 1J). Das Fachsekretariat hat die Gesuchstellerin sowie die Gesuchsgegnerin 1 daraufhin aufgefordert, der EICom konkrete Anträge zu stellen.
- 13 Die Akten des unter der Nummer 921-08-021 geführten Verfahrens werden zum vorliegenden Verfahren gezogen (act. 1).

D.

- 14 In ihrer Eingabe vom 3. September 2010, eingegangen bei der Eidgenössischen Elektrizitätskommission EICom am 7. September 2010, stellt die Gesuchstellerin folgende Rechtsbegehren:
 - „1. Die Gesuchsgegnerin 2 sei zu verpflichten, sämtliche der Gesuchstellerin durch die Pancaking-Situation entstandenen und noch entstehenden Mehrkosten zu bezahlen.
 2. Eventualiter: Die Gesuchsgegnerin 2 sei zu verpflichten, auf ihre Kosten eine direkte Zuleitung von ihrem Netz zum Netz der Gesuchstellerin zu errichten.



3. *Eventualiter: Die Gesuchsgegnerinnen seien zu verpflichten, die durch die Pancaking-Situation entstehenden Mehrkosten zusammen mit der Gesuchstellerin im Verhältnis zu der von ihnen verkauften Energiemengen (ihrem Energieabsatz) zu übernehmen.*
4. *Eventualiter: Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, durch entsprechende Massnahmen für die Angleichung der unverhältnismässig hohen Netznutzungstarife der Gesuchstellerin an die übrigen Tarife im Kanton [...] und deren diskriminierungsfreier Belieferung mit elektrischer Energie zu sorgen.*
5. *Die Rechtsbegehren 1 - 4 seien grundsätzlich alternativ gutzuheissen, kumulativ, insbesondere zusammen mit Begehren 4, dann, wenn mit der Guttheissung eines Begehrens nicht die vollen Mehrkosten der Gesuchstellerin gedeckt würden.*
6. *Als vorsorgliche Massnahme sei sofort zu verfügen, dass eine Zahlungspflicht der Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchsgegnerin 1 für ihre Netznutzungskosten ab April 2010 sistiert wird und die Gesuchstellerin im Fall einer späteren Nachzahlung keine Zinsen zu entrichten hat.*

Eventualiter: die der Gesuchstellerin weiterverrechneten Netznutzungskosten der Gesuchsgegnerin 1 seien ab April 2010 auf die drei Beteiligten Gesuchsgegnerin 1, Gesuchsgegnerin 2 und Gesuchstellerin im Verhältnis zur verkauften Energie zu verteilen.

7. *Die Verfahrenskosten seien den Gesuchsgegnern, insbesondere der Gesuchsgegnerin 2 aufzuerlegen.“*

15 Die Eingabe der Gesuchstellerin betreffend vorsorgliche Massnahmen wird im Wesentlichen damit begründet, dass die Existenz der Gesuchstellerin bedroht sei. Eine Weiterverrechnung der wegen der Pancaking-Situation anfallenden Mehrkosten an die Endverbraucher hätte gemäss der Gesuchstellerin ausserdem die Konsequenz, dass mehrere Beschwerden bei der EICom eingehen würden. Ausserdem wäre der administrative Aufwand für die Gesuchstellerin bei einer allfälligen Rückzahlung der Mehrkosten an die Endverbraucher zu gross und zu teuer (act. 2, S. 31 ff.).

E.

16 Das Fachsekretariat hat mit Schreiben vom 8. September 2010 ein Verfahren eröffnet und die Gesuchsgegnerinnen sowie den Gesuchsgegner aufgefordert, zum Antrag der Gesuchstellerin betreffend vorsorgliche Massnahmen bis am 28. September 2010 Stellung zu nehmen (act. 6 und 7).

F.

17 Mit Stellungnahme vom 27. September 2010, eingegangen bei der EICom am 28. September 2010 (act. 10), stellt die Gesuchsgegnerin 1 das folgende Rechtsbegehren:

„Die zinsfreie Sistierung des [Gesuchsgegnerin 1]-Anteiles an den Netznutzungskosten sei abzulehnen. Sofern die [Gesuchstellerin] nicht zur Bezahlung verpflichtet werden kann, seien diese Kosten durch die [Gesuchsgegnerin 2] zu übernehmen, in Anlehnung an den Vertrag vom 20.03.2001.“



- 18 Die Eingabe der Gesuchsgegnerin 1 betreffend vorsorgliche Massnahme wird im Wesentlichen damit begründet, dass sie ihre Netznutzungstarife gemäss den gesetzlichen Vorgaben kalkuliert habe. Mit den Erträgen aus diesen Tarifen müssten sowohl die eigenen wie auch die Kosten des vorgelagerten Verteilnetzbetreibers gedeckt werden. Dazu sei sie auf die Zahlung der der Gesuchstellerin in Rechnung gestellten Beträge von jährlich insgesamt rund CHF [...] angewiesen. Andernfalls müsste sie zwangsläufig ein Bankdarlehen aufnehmen, welches zu verzinsen wäre, wodurch die eigenen Endverbraucher wiederum zusätzlich belastet würden.
- 19 Mit Stellungnahme vom 28. September 2010, eingegangen bei der EICom am 29. September 2010 (act. 12), stellt die Gesuchsgegnerin 2 folgende Rechtsbegehren:
- „1. Das Rechtsbegehren 6 der Gesuchstellerin betreffend vorsorgliche Massnahmen sei vollumfänglich abzuweisen;*
 - 2. Eventualiter sie die Gesuchsgegnerin 2 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme während der Verfahrensdauer zu einem max. Beitrag von CHF [...] p.a. zu Gunsten der Gesuchsgegnerin 1 zu verpflichten, wobei der Gesuchsgegnerin 1 die Auflage zu erteilen sei, diesen Betrag zur Gutschrift an eine Pancakinglösung mit der Gesuchstellerin einzusetzen;*
 - 3. Der Gesuchsgegnerin 2 sei die Stellungnahme zu den übrigen Anträgen der Gesuchstellerin um 30 Tage, bis zum 8. November 2010, zu erstrecken;*
- Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer zu Lasten der Gesuchstellerin.“*
- 20 Die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin 2 zum Gesuch betreffend vorsorgliche Massnahme erfolge nur für den Fall, dass die EICom eine Abweisung des Hauptmassnahmebegehrens gemäss Antrag 6 Absatz 1 des Gesuchs und eine Gutheissung des Eventualmassnahmebegehrens gemäss Antrag 6 Abs. 2 des Gesuchs in Betracht ziehe. Die Eingabe der Gesuchsgegnerin 2 wird im Wesentlichen damit begründet, dass die von der Gesuchstellerin zuviel bezahlten Netznutzungsentgelte bei Gutheissung der Hauptbegehren nachträglich ausgeglichen werden könnten und dass die Gesuchstellerin den angeblich bei ihr eingetretenen Nachteil selber verursacht habe.
- 21 Mit Schreiben vom 27. September 2010, eingegangen bei der EICom am 29. September 2010, verzichtet der Gesuchsgegner 3 auf eine Stellungnahme zum Antrag der Gesuchstellerin betreffend vorsorgliche Massnahme (act. 11).
- 22 Auf Einzelheiten des Sachverhaltes und die erwähnten Eingaben ist im Übrigen in den nachstehenden Erwägungen zurückzukommen.



II Erwägungen

1 Zuständigkeit

- 23 Die Eidgenössische Elektrizitätskommission 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 im Streitfall oder von Amtes wegen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a und b StromVG).
- 24 Die Stromversorgungsgesetzgebung (StromVG und Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008, StromVV; SR 734.71) enthält verschiedene Vorgaben zur Zusammensetzung des Netznutzungsentgeltes (Art. 14 und 15 StromVG; Art. 12 – 19 StromVV). Die vorliegende Verfügung betrifft somit zentrale Bereiche der Stromversorgungsgesetzgebung. Entsprechend ist die Zuständigkeit der ECom gegeben.

2 Parteien

- 25 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. Nach Artikel 48 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist, und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Zur Beschwerde berechtigt sind ferner Personen, Organisationen und Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt (Art. 48 Abs. 2 VwVG).
- 26 Die Gesuchstellerin verfügt über Parteistellung, da sie als Netzbetreiberin von den durch die vorliegende Netzsituation angeblich entstehenden Mehrkosten in ihren Rechten und Pflichten (Pflicht Kosten auf Endverbraucher zu überwälzen) betroffen ist.
- 27 Die Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 betreiben wie die Gesuchstellerin Netze auf der Netzebene 5 und sind damit direkt beteiligt an der vorliegenden Netzsituation. Sie haben daher ebenfalls Parteistellung.
- 28 Die Gesuchstellerin wie auch die Gesuchsgegnerinnen betreiben ihre Netze im Kanton [...]. Der Gesuchsgegner ist daher der gemäss Artikel 14 Absatz 4 StromVG für den Erlass von Ausgleichsmassnahmen zuständige Kanton. Auch er verfügt somit über Parteistellung.

3 Vorsorgliche Massnahmen

- 29 Das Verfahren der ECom richtet sich nach dem StromVG 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 aus dem materiellen Recht, dessen Durchsetzung die vorsorgliche Massnahme sichern soll (CHRISTOPH SCHAUB, Der vorläufige Rechtsschutz im Anwendungsbereich des Umweltschutzgesetzes, Diss. Zürich 1990, S. 41 ff; vgl. auch BGE 116 Ia 177, E. 3.bb).

- 30 Die ElCom erliess basierend auf der gesetzlichen Ausgangslage und der bestehenden verwaltungsverfahrensrechtlichen Praxis mit Verfügung vom 17. November 2008 in einem anderen Verfahren vorsorgliche Massnahmen (in Sachen Lieferpflicht und Tarifgestaltung für feste Endverbraucher nach Art. 6 StromVG; Entscheid abrufbar unter: www.elcom.admin.ch). Das Bundesverwaltungsgericht bejahte bereits im Rahmen einer Zwischenverfügung die Kompetenz der ElCom zum Erlass vorsorglicher Massnahmen in Sachen Stromversorgung (Zwischenverfügung vom 22. Dezember 2008, Geschäfts-Nr. A-7862/2008, E. 1 ff.).
- 31 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 rechtens sein und durch die vorsorglichen Massnahmen nicht präjudiziert oder verunmöglicht wird (u.a. BGE 127 II 132, 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) sowie den bestehenden tatsächlichen oder rechtlichen Zustand vorläufig unverändert zu erhalten. Sie wird gestützt auf eine summarische Prüfung der Rechts- und Sachlage angeordnet (BGE 127 II 132, E. 3).

3.1 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

- 32 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).
- 33 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).
- 34 Die Gesuchstellerin macht geltend, ihre Existenz werde durch Mehrkosten, welche durch die Netzsituation auf Netzebene 5 entstünden, bedroht (act. 2, S. 31 ff.).
- 35 Gemäss der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin 1 hat diese alle ihre Netznutzungstarife gemäss den gesetzlichen Vorgaben kalkuliert. Sie sei darauf angewiesen, dass die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin 1 die für die Netznutzung ihrer Netzebene 5a in Rechnung gestellten Beträge bezahle, da sie andernfalls ein Bankdarlehen aufnehmen müsste (act. 10).
- 36 Die Gesuchsgegnerin 2 ist der Ansicht, die Gesuchstellerin verhalte sich fahrlässig, falls sie ihren Endverbrauchern nicht die vollen Netznutzungskosten weiterverrechne. Die Gesuchstellerin wolle die bisher nicht bezahlten Netznutzungsentgelte für den laufenden Unterhalt und nicht für Rückstellungen verwenden. Im Falle eines Unterliegens wäre sie dadurch aber verpflichtet, die Netznutzungsentgelte ihren Endverbrauchern gegenüber massiv anzuheben.



Selbst so sei nicht gewährleistet, dass sie in der Lage wäre, den Gesuchsgegnerinnen allfällig zu wenig bezahlte Netznutzungsentgelte zurückzuerstatten. Im Übrigen seien die Gründe, weshalb die Gesuchstellerin auf eine Anlastung der Netznutzungskosten an ihre Endverbraucher verzichte, nicht nachvollziehbar (act. 12, Rz. 8 ff.).

- 37 Gemäss Artikel 14 Absatz 1 StromVG darf das Netznutzungsentgelt die anrechenbaren Kosten sowie die Abgaben und Leistungen an das Gemeinwesen nicht übersteigen. Das Netznutzungsentgelt ist von den Endverbrauchern je Ausspeisepunkt zu entrichten (Art. 14 Abs. 2 StromVG). Als anrechenbare Kosten gelten die Betriebs- und Kapitalkosten eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes. Sie beinhalten einen angemessenen Betriebsgewinn (Art. 15 Abs. 1 StromVG).
- 38 Die nicht individuell in Rechnung gestellten anrechenbaren Kosten, Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen sowie der Anteil für ein Netz der höheren Netzebene werden den am betreffenden Netz direkt angeschlossenen Endverbrauchern und Netzbetreibern entsprechend den Vorgaben von Artikel 16 Absatz 1 Buchstaben a und b StromVV angelastet. Die Stromversorgungsgesetzgebung sieht somit vor, dass die von einer höheren Netzebene gewälzten Kosten den Endverbrauchern angelastet werden. Bezüglich der Kostenanlastung zwischen direkt miteinander verbundenen Netzen der gleichen Netzebene liegt es an den Netzbetreibern, transparente und diskriminierungsfreie Richtlinien festzulegen (Art. 17 StromVV).
- 39 Das Netznutzungsmodell für das Schweizerische Verteilnetz (VSE, NNMV CH, Version 2009, nachfolgend NNMV, abrufbar unter: www.strom.ch > Dossiers > Strommarkt > Schlüsseldokumente) sieht in Ziffer 3.3.2 vor, dass die betroffenen Netzbetreiber gemeinsam eine Lösung suchen und schlägt verschiedene Lösungsmöglichkeiten vor. Die Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 führen aus, sie hätten ihre Netzebene 5 gestützt auf diese Lösungsvorschläge funktional in eine Transport- (Netzebene 5a) und eine Verteilnetzebene (Netzebene 5b) aufgeteilt. Aktuell stellt die Gesuchsgegnerin 1 der Gesuchstellerin den Netznutzungstarif der Netzebene 5a in Rechnung. Damit seien auch die durch die Gesuchstellerin verursachten Kosten der Netzebene 5a der Gesuchsgegnerin 2 gedeckt (act. 1E; act. 1G; act. 10).
- 40 In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage der Rechtsnatur von Richtlinien nach Artikel 27 Absatz 4 StromVV, insbesondere hinsichtlich der Frage einer Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen. Die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf Private setzt eine verfassungsrechtliche Grundlage voraus, da die Schaffung verbindlichen Rechts grundsätzlich staatlichen Organen vorbehalten ist (Art. 163 ff. und 182 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV; SR 101). Mangels verfassungsrechtlicher Grundlage für eine Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf Private im Energierecht (vgl. insb. Art. 91 Abs. 1 BV) sowie mangels expliziter Delegation im StromVG als Gesetz im formellen Sinne kommt den Richtlinien der Branche kein hoheitlicher Charakter zu. Die Bestimmungen der Stromversorgungsverordnung, welche auf die Richtlinien der Netzbetreiber Bezug nehmen, werden als indirekte Verweisungen auf diese Richtlinien verstanden. Die ECom prüft daher im Streitfall, welche Lösung die Branchendokumente vorsehen und übernimmt sie, sofern sie diese als sachgerecht erachtet (vgl. Mitteilung der ECom vom 1. Februar 2010).
- 41 Eine Überprüfung der Sachgerechtigkeit der von den Parteien gewählten Lösung ist im Rahmen der summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage nicht möglich. Massgeblich ist für die Beurteilung des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen daher die aktuelle Situation, in welcher die Gesuchstellerin im Ergebnis die Kosten der Netzebenen 5a der Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 mittragen muss.



- 42 Die Gesuchsgegnerinnen haben gestützt auf den Lösungsvorschlag des VSE ihre Netzebenen 5 funktional in eine Transport- (Netzebene 5a) und eine Verteilnetzebene (Netzebene 5b) aufgeteilt, um die Kosten der Netzebene 5 zu verteilen (Art. 17 StromVV; NNMV Ziffern 3.3.3 und 7.2, Situation D).
- 43 Berechnet die Gesuchstellerin ihre Tarife gemäss den gesetzlichen Vorgaben gestützt auf ihre aktuellen Kosten, entstehen ihr keine Mehrkosten. Diese werden von den Endverbrauchern in ihrem Netzgebiet getragen.
- 44 Allfällige nach der Beilegung der vorliegenden Streitigkeit entstehende Deckungsdifferenzen sind gestützt auf die Weisung 4/2010 vom 10. Juni 2010 der ECom (abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Weisungen > Weisungen 2010) zu berechnen und den Endverbraucher zurückzuerstatten. In diesem Zusammenhang macht die Gesuchstellerin geltend, eine allfällige Berechnung der Deckungsdifferenz führe zu sehr viel Arbeit und verursache Kosten (act. 2, S. 32 f.). Die Gesuchstellerin kann jedoch nicht davon ausgehen, dass ihr aktuelles Vorgehen (Nichtbezahlen des auf die Gesuchsgegnerin 1 entfallenden Anteils der Netznutzungskosten, vgl. Rz. 11) der endgültigen Lösung der Verteilung der durch die vorliegende Netzsituation angeblich entstehenden Mehrkosten entspricht, da eine Prognose betreffend die Hauptbegehren nicht möglich ist (vgl. nachfolgend Rz. 52). Folglich ist mindestens in Betracht zu ziehen, dass auch bei ihrem aktuellen Vorgehen die Notwendigkeit bestehen könnte, Deckungsdifferenzen zu berechnen und zurückzuerstatten oder nachzuverlangen.
- 45 Die Gesuchstellerin darf gestützt auf Artikel 14 Absatz 2 StromVG in Verbindung mit Artikel 17 StromVG die ihr entstehenden Kosten den Endverbrauchern anlasten. Für von Gesetzes wegen anrechenbare Kosten, welche ein Netzbetreiber seinen Endverbrauchern effektiv nicht anlastet, muss dieser selber aufkommen. Deckungsdifferenzen, welche durch den Endverbrauchern zuviel auferlegte Kosten entstehen, werden diesen gemäss Weisung 4/2010 der ECom zurückerstattet. Der Gesuchstellerin entsteht folglich kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, da sie ihre aktuellen Kosten ihren Endverbrauchern anlasten kann.

3.2 Dringlichkeit

- 46 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).
- 47 Die Gesuchstellerin macht geltend, die Gesuchsgegnerin 1 habe angedroht, die ausstehenden Zahlungen einzutreiben. Da die Gesuchstellerin der Konkursbetreibung unterliege, sei ihre Existenz im Falle einer Betreibung durch die Gesuchsgegnerin 1 bedroht (act. 2, S. 35).
- 48 Die Gesuchstellerin hat die der Gesuchsgegnerin 1 geschuldeten Beträge auf ein Konto einbezahlt (act. 2, S. 35). Die finanziellen Mittel für die Bezahlung der seit April 2010 nicht mehr bezahlten Rechnungen der Gesuchsgegnerin 1 sind somit vorhanden. Die Gesuchstellerin hat zudem die Möglichkeit, die durch die vorliegende Netzsituation entstehenden Kosten ihren Endverbrauchern anzulasten und dadurch die notwendigen finanziellen Mittel für die Bezahlung der Rechnungen der Gesuchsgegnerin 1 zu erhalten. Dringlichkeit liegt somit nicht vor.



3.3 Verhältnismässigkeit

- 49 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).
- 50 Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit wäre insbesondere zu prüfen, ob die vorsorgliche Massnahme geeignet wäre, einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil abzuwenden. Ein solcher droht wie erwähnt nicht. Eine weitergehende Analyse der Verhältnismässigkeit ist wegen des Bezugs zum nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil daher nicht möglich und angesichts der für den Erlass vorsorglicher Massnahmen kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen auch nicht notwendig.

3.4 Entscheidprognose

- 51 Die Hauptsachenprognose kann insbesondere dann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung in der Anordnung vorsorglicher Massnahmen auf, weil diesfalls die entsprechenden Entscheidungsgrundlagen erst im Hauptverfahren ermittelt werden (BGE 127 II 132 ff., E. 4e).
- 52 Gegenstand des Hauptverfahrens wird die Verteilung der durch die vorliegende Netzsituation angeblich entstehenden Mehrkosten sein. Eine Prognose, wie diese Frage beantwortet wird, ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich.

3.5 Fazit

- 53 Die Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme sind nicht erfüllt, da bei der Gesuchstellerin insbesondere kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil besteht. Aus diesem Grund wird weder die Sistierung der Zahlungspflicht der Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchsgegnerin 1 noch eine Aufteilung der der Gesuchstellerin weiterverrechneten Netznutzungskosten der Gesuchsgegnerin 1 auf die Gesuchstellerin sowie die Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 angeordnet.

4 Gebühren

- 54 Die Gebühren für diesen Entscheid werden mit der Verfügung in der Hauptsache auferlegt.



III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Das Gesuch der [...] um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gebühren für diese Verfügung werden mit dem Entscheid in der Hauptsache auferlegt.
3. Diese Verfügung wird den Parteien mit eingeschriebenem Brief eröffnet.



Bern, 14. Oktober 2010

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Leiter Fachsekretariat

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, 3000 Bern 14, einzureichen.

Nach Artikel 22a Absatz 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021) gibt es keinen Stillstand der Fristen in Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen.

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.