



Referenz/Aktenzeichen: 957-08-1699

Bern, 09. Dezember 2010

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ECom

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

in Sachen: [...]

(Gesuchstellerin)

und [...]

(Gesuchsgegnerin)

betreffend Qualifikation der [...] als Endverbraucherin, die auf Netzzugang im Sinne des StromVG verzichtet



I Sachverhalt

A.

- 1 Die [...], (Gesuchstellerin) betreibt eine [...] (act. 25, Rz. 9). Sie bezieht pro Jahr durchschnittlich von der [...] (Gesuchsgegnerin) über 100 GWh (Gigawattstunden) Strom (act. 1, S. 9; act. 8, Rz. 10; act. 25, Rz. 41). Die Gesuchsgegnerin versorgt die Gesuchstellerin seit Jahrzehnten auf der 50-Kilovoltenebene (act. 1, S. 4 und S. 6). Die Gesuchsgegnerin verfügt nur über ganz wenige Endverbraucher mit einer vergleichbaren Bezugsmenge (act. 25, Rz. 48). Für Endverbraucher auf der 50-Kilovoltenebene kennt sie keine Kundenkategorie und behandelt die Gesuchstellerin daher nicht als Tarifkunden (act. 1, S. 4 und S. 7 sowie ähnlich act. 25, Rz. 50 f.).

B.

- 2 Zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin besteht ein Energielieferungsvertrag, datierend vom 29. März 1971 (act. 1, Beilage 3; Energielieferungsvertrag 1971). Dieser ist seit dem 31. Dezember 1975 kündbar innert 12 Monaten, jeweils auf Ende Jahr (Art. 13). Er behandelt primär die technischen Details der Strombelieferung. Zum Energielieferungsvertrag 1971 gehören Allgemeine Bedingungen vom 12. Februar 1999 (act. 1, Beilage 6).
- 3 Mit Blick auf die Strommarktliberalisierung schlossen Gesuchstellerin und Gesuchsgegnerin, gestützt auf den Energielieferungsvertrag 1971, am 19. Januar 1999 eine vertragsergänzende Vereinbarung ab (act. 25, Beilage 12). Eine weitere vertragsergänzende Vereinbarung folgte am 05. Mai 2000 mit Geltung bis zum 31. Dezember 2006 (act. 25, Beilage 13, Ziff. 9). Letztere umfasste bezüglich des Entgelts der Energielieferungen drei Stufen: Für die erste Stufe vom 1. April 2000 bis zum 31. Dezember 2001 galt ein fester Preis. Für die zweite Stufe vom 1. Januar 2002 bis zum 31. Dezember 2004 sollte sich der Preis an den Marktpreisen orientieren; zudem bestand für die Gesuchstellerin die Möglichkeit, Drittofferten einzuholen und der Gesuchsgegnerin vorzulegen. Für die dritte Stufe vom 1. Januar 2005 bis zum 31. Dezember 2006 sollten sich die Preise ebenfalls an den Marktpreisen orientieren und der Gesuchstellerin stand wiederum vertraglich die Möglichkeit offen, Drittofferten einzuholen und in Verhandlungen mit der Gesuchsgegnerin einzubringen (Ziff. 6.1, 6.2 und 6.3).
- 4 Mit Schreiben vom 31. März 2005 änderte die Gesuchsgegnerin den Energielieferungsvertrag 1971 ab. Sie hob eine Exklusivbezugspflicht der Gesuchstellerin sowie eine Beschränkung des Weiterverkaufs von Energie an Dritte aus kartellrechtlichen Gründen auf (act. 25, Beilage 15; act. 39 Rz. 17; act. 30, Rz. 17).
- 5 Im Jahr 2006 folgten zwei neue vertragsergänzende Vereinbarungen. Die Vereinbarung vom 05. Mai 2006 hätte bis zum 31. Dezember 2008 gedauert (act. 1, Beilage 5), wurde aber vorzeitig abgelöst durch die Strompreisvereinbarung vom 07. Dezember 2006, ebenfalls gültig bis zum 31. Dezember 2008 (act. 1, Beilage 4). Beide vertragsergänzenden Vereinbarungen betreffen somit den Einheitsstrompreis für die Jahre 2007 und 2008 (act. 1, Beilage 4, Ziff. 5 und 13; act. 1, Beilage 5, S. 2). Die Strompreisvereinbarung vom 07. Dezember 2006 erwähnt, dass der Energielieferungsvertrag 1971 bis zum Inkrafttreten eines neuen Energielieferungsvertrages seine Gültigkeit behalte (Ziff. 14).

C.

- 6 Zu ihrer Versorgung mit Energie bezieht die Gesuchstellerin nicht nur Strom, sondern wird ausserdem mit Prozessdampf und mit Gas beliefert (act. 30, Beilage 16 und Beilage 17). Die Dampf- und die



Stromlieferungen durch die [...] stehen in einem engen, sich ergänzenden Zusammenhang zueinander (act. 25, Rz. 12 und Rz. 54 ff., act. 30, Rz. 8 und Rz. 10 ff.). Der Energielieferungsvertrag zwischen der [...] und der Gesuchstellerin vom 10. Oktober 2003 (act. 25, Beilage 14, [...] -Vertrag) ist frühestens auf den 31. Dezember 2012 kündbar (Art. 16 Abs. 1 des [...] -Vertrages). An der [...] ist die Gesuchstellerin mit 10 %, die Gesuchsgegnerin mit 40 % beteiligt; die restlichen Anteile entfallen auf zwei andere Energieversorgungsunternehmen (act. 30, Rz. 10; act. 39, Rz. 73 f.).

D.

- 7 Da die Strompreisvereinbarung vom 07. Dezember 2006 per 31. Dezember 2008 auslief, begannen im Jahr 2008 Verhandlungen über die Strombelieferung für die Jahre 2009 und 2010 (dazu insbesondere act. 25, Beilagen 31, 32, 36, 39 und 40). Diese blieben aber erfolglos. Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, die Gesuchstellerin sei bereits in den Markt eingetreten, da eine individuelle vertragliche Regelung vorliege (act. 25, Rz. 79). Die Gesuchstellerin lässt seither die Preisofferten der Gesuchsgegnerin jeweils verstreichen, da sie die Offerten der Gesuchsgegnerin als zu hoch erachtet (act. 1, S. 8 ff.; act. 25, Rz. 22 ff.). Ebenso wurden der Netzanschlussvertrag vom 14. Oktober 2008 (act. 25, Beilage 33), der Netznutzungsvertrag vom 14. Oktober 2008 (act. 25, Beilage 34) und der Energielieferungsvertrag vom 02. Dezember 2008 (act. 25, Beilage 35) von der Gesuchstellerin nicht unterzeichnet.

E.

- 8 Mit Schreiben vom 21. November 2008 (act. 1) gelangte die Gesuchstellerin an die EICom. Sie stellt folgende Anträge:

„I. Anordnungen vorsorglichen Charakters

1. Die [...] sei zu verpflichten, der [...] ab dem 1. Januar 2009 für die Dauer des Verfahrens jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zum Einheitspreis von [...] Rp/kWh (eventualiter mit einem Zuschlag von 10%, was zu einem Einheitspreis [Elektrizitätstarif] von [...] Rp/kWh führt) im Sinn der Zusatzvereinbarung II und des Energielieferungsvertrages 1971 zu liefern; im Übrigen sei für die Dauer des Verfahrens weiterhin die Zusatzvereinbarung II sowie der Energielieferungsvertrag 1971 für anwendbar zu erklären.

2. Die Strompreiserhöhung von 10 % im Sinn des Eventualantrags in Ziff. I/1. hiervor sei unter den Vorbehalt der Rückerstattung nach Abschluss des Verfahrens zu stellen.

II. Antrag in der Sache

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

Eventualiter sei die [...] zu verpflichten, der [...] ab dem 1. Januar 2009 als Endverbraucherin mit Grundversorgung jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zum Tarif von [...] Rp/kWh zu liefern.

- 9 *4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.“*

F.



- 10 Das Fachsekretariat der EiCom eröffnete mit Schreiben vom 20. Januar 2009 (act. 4) ein Verfahren und lud die Gesuchsgegnerin zu einer Stellungnahme ein.

G.

- 11 Gesuchstellerin und Gesuchsgegnerin konnten sich sodann auf die Modalitäten der Belieferung der Gesuchstellerin für die Dauer des Verfahrens einigen (vgl. act. 25, Beilage 37, Preisblatt). Die Vereinbarung galt allerdings nur für das Jahr 2009. Die Gesuchstellerin ersuchte daher mit Schreiben vom 25. Februar 2009 um Sistierung des Verfahrens, soweit es die Anordnung vorsorglichen Charakters betrifft (act. 7).

H.

- 12 Mit Schreiben vom 30. Juli 2009 (act. 16) verwies die Gesuchsgegnerin nach mehreren Fristerstreckungen auf die Verfügung der EiCom vom 25. Juni 2009 (Referenz: 957-08-137) und stellte fest, die Gesuchstellerin hätte vor diesem Hintergrund kaum Aussicht auf Erfolg im laufenden Verfahren. Die Gesuchsgegnerin stellte den Antrag:

„Es sei der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um sich darüber zu erklären, ob sie am Gesuch festhalten will oder dieses zurückzieht.

Der Gesuchsgegnerin sei die Frist für ihre Stellungnahme bis zum Eingang der Erklärung der Gesuchstellerin abzunehmen und nach deren Eingang neu anzusetzen.“

- 13 Das Fachsekretariat der EiCom kam diesem Ersuchen mit Schreiben vom 07. August 2009 an die Gesuchstellerin nach (act. 17). Die Gesuchstellerin hielt mit Schreiben vom 11. September 2009 an ihrem Gesuch fest (act. 21).

I.

- 14 Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Vorbringen der Gesuchstellerin in ihren nach mehreren mit der Gegenpartei abgesprochenen Fristerstreckungen am 12. November 2009 (act. 25) und 14. Juni 2010 (act. 39) eingereichten Eingaben. Sie stellte ihrerseits die folgenden, in beiden Stellungnahmen gleich lautenden Anträge:

„RECHTSBEGEHREN BETREFFEND VORSORGLICHE MASSNAHMEN

1. Die Massnahmenbegehren Ziff. 1 und Ziff. 2 seien vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist;

2. unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

RECHTSBEGEHREN ZUR SACHE

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

2. unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“



J.

- 15 In ihrer nach einer Fristerstreckung am 01. Februar 2010 eingereichten Stellungnahme beantragte die Gesuchstellerin wiederum die Sistierung des vorsorglichen Massnahmeverfahrens, da eine Einigung der Parteien zu erwarten sei (act. 30, Rz. 143).

K.

- 16 Mit Schreiben vom 22. April 2010 (act. 33) beantragte die Gesuchsgegnerin, das vorliegende Verfahren bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache 957-08-137 im Sinne der Prozessökonomie zu sistieren. Die Gesuchsgegnerin zeigte sich mit Schreiben vom 29. April 2010 (act. 35) nicht mit einer Sistierung einverstanden.

L.

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

II Erwägungen

1 Zuständigkeit

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

2 Parteien

- 19 Als Parteien gelten nach Artikel 6 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021; vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. d VwVG sowie Art. 11 des Geschäftsreglements der Elektrizitätskommission vom 12. September 2007, SR 734.74) Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.
- 20 Die Gesuchstellerin ist materielle Verfügungsadressatin. Die Gesuchsgegnerin ist Betreiberin eines Elektrizitätsnetzes und beliefert die Gesuchstellerin über ihr Netz mit elektrischer Energie. Auch ihr kommt daher Parteistellung zu.



3 Feststellungsverfügung

- 21 Die Gesuchstellerin beantragt den Erlass einer Feststellungsverfügung (act. 1, S. 4 ff.). Die Gesuchsgegnerin bringt unter anderem vor, es liege kein schutzwürdiges Interesse vor und die Gesuchstellerin hätte ein Leistungsbegehren auf Belieferung mit elektrischer Energie stellen müssen (act. 25, Rz. 103 ff.). Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn die Gesuchstellerinnen ein schutzwürdiges Interesse nachweisen (Art. 25 Abs. 2 VwVG) und keine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung ergehen kann. Die Feststellungsverfügung ist mithin subsidiär, wobei sie unter anderem zur vorgängigen Klärung gewisser grundlegender Fragestellungen erfolgen kann (vgl. BEATRICE WEBER DÜRLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 25, Rz. 16). Der Antrag der Gesuchstellerin betrifft einen zeitlich nicht abgeschlossenen Sachverhalt und eine grundlegende Fragestellung. Gegenstand der vorliegenden Verfügung ist nicht die Prüfung eines Tarifes eines bestimmten Jahres, sondern die Qualifikation der Gesuchstellerin als Endverbraucherin mit Grundversorgung oder als Endverbraucherin, die von ihrem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch gemacht hat. Die Gesuchstellerin hat ein schutzwürdiges Interesse, ihren Status zu kennen. Mit Blick auf die nachstehenden Erwägungen sind die rechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Feststellungsverfügung erfüllt.

4 Vorbringen der Gesuchstellerin

- 22 Die Gesuchstellerin ist der Auffassung, dass sie auf ihren Anspruch auf freien Netzzugang verzichtet hat und damit Endverbraucherin mit Grundversorgung ist. Sie macht geltend, dass sie gemäss Artikel 6 StromVG in Verbindung mit Artikel 4 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71) Anspruch auf die gewünschte Menge an Elektrizität zu angemessenen Tarifen habe. Der Tarifanteil für die Energielieferung habe sich dabei an den Gestehungskosten einer effizienten Produktion und an langfristigen Bezugsverträgen der Gesuchsgegnerin zu orientieren (act. 1, S. 11).
- 23 Als Begründung bringt die Gesuchstellerin vor, dass Artikel 6 Absatz 1 StromVG sowohl die festen Endverbraucher als auch die Endverbraucher, die auf den Netzzugang verzichten, schütze. Artikel 6 und Artikel 13 StromVG würden für die Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh (Megawattstunden) ein Wahlrecht beinhalten (act. 1, S. 12 f.). Die Einschränkung dieses Wahlrechts in Artikel 11 StromVV, der den Netzzugang der Endverbraucher regelt, sei bundesgesetzwidrig (act. 1, S. 16 ff.). Im Weiteren schränke Artikel 11 Absatz 2 StromVV Artikel 4 StromVV ein, indem alle Endverbraucher mit einem jährlichen Stromverbrauch von mindestens 100 MWh, die bereits vor Inkrafttreten der Stromversorgungsgesetzgebung Strom gestützt auf einen individuell ausgehandelten Energielieferungsvertrag bezogen haben, kein Wahlrecht im Sinne von Artikel 6 und 13 StromVG mehr hätten (act. 1, S. 18). Erst recht, da im Zeitpunkt des Abschlusses des Energielieferungsvertrages 1971, also vor fast 40 Jahren, weder die Öffnung des Strommarkts noch die heutige stromgesetzliche Regelung vorhersehbar gewesen sei (act. 1, S. 17).
- 24 Überdies könne der Eintritt in den freien Markt nach Artikel 11 Absatz 2 StromVV nur mittels eindeutiger Willenserklärung gegenüber dem Verteilnetzbetreiber erfolgen, und zwar bis zum 31. Oktober für einen Netzzugang ab dem 1. Januar des Folgejahres. Wer nichts sage, bleibe Endverbraucher mit Grundversorgung (act. 1, S. 16).
- 25 Individuell ausgehandelt im Sinne der Stromversorgungsgesetzgebung sei ein Energielieferungsvertrag dann, wenn er Regelungen treffe, die von der bestehenden Tarifstruktur des Elektrizitätsversorgungsunternehmens abweichen und eindeutig im Hinblick auf die bevorstehende Strommarktliberali-



sierung getroffen worden sei. Ein ausgehandelter Vertrag habe den Inhalt eines „aussertariflichen (und damit rechtsungleichen) Entgegenkommens zwecks Kundenbindung oder Verhinderung eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens“ (act. 1, S. 20). Nicht ausgehandelt sei ein Vertrag aber dann, wenn allein oder in der Hauptsache organisatorische oder technische Gründe oder schlicht das Fehlen einer anwendbaren Tarifstruktur für die individuelle Vereinbarung ausschlaggebend gewesen seien (act. 1, S. 22).

- 26 Überdies, so die Gesuchstellerin, sei es ihr auf Grund ihrer speziellen Situation gar nicht möglich, in den freien Markt einzutreten. Sie könne ihren Fahrplan nicht selber bestimmen, da sie ihren Netzanschluss gemeinsam mit der [...] nutzen müsse. Somit sei sie nicht in der Lage, eine abrechnungsrelevante Prognose für den elektrischen Energiebezug aus dem 50-Kilovoltnetz der Gesuchsgegnerin zu erstellen. Daher sei es ihr nicht möglich, einem möglichen Drittlieferanten verbindliche Angaben über Bezugsgrössen zu machen, da sie sonst das gesamte Fahrplanrisiko der [...] tragen müsste (vgl. zum Ganzen act. 30, Rz. 8 mit Hinweis auf act. 1, Beilage 2, S. 1 [Protokoll der Gesuchsgegnerin]; vgl. auch act. 1, S. 4 und S. 17).
- 27 Den eventualiter gestellten Antrag auf eine Belieferung zum Tarif von [...] Rp./kWh seit dem 01. Januar 2009 gründet die Gesuchstellerin auf die für das Jahr 2008 gültige Strompreisvereinbarung (act. 1, S. 8 und S. 25).

5 Vorbringen der Gesuchsgegnerin

- 28 Die Gesuchsgegnerin ihrerseits bringt vor, der vorliegende Fall sei mit jenem, welcher der Verfügung der ECom vom 25. Juni 2009 (Referenz: 957-08-137) zu Grunde lag, weitgehend identisch (act. 25, Rz. 40). Die Gesuchstellerin habe nur über eine Einzelfalllösung, und damit nur über individuelle Verträge mit Strom versorgt werden können (act. 25, Rz. 46). Die Gesuchstellerin hebe sich hinsichtlich der Menge und des Profils ihres Stromverbrauchs deutlich von jenem anderer Endverbraucher ab; die Gesuchstellerin habe in der Vergangenheit zu keinem Zeitpunkt Elektrizität auf der Basis eines Tarifs, sondern stets auf der Basis individuell ausgehandelter Verträge bezogen (act. 25, Rz. 46 ff. und Rz. 58 ff.). Damit habe die Gesuchstellerin von ihrem Recht auf Netzzugang Gebrauch gemacht (act. 25, Rz. 63 ff.).
- 29 Überdies hätte die Gesuchstellerin am 30. März 2006 über ihre [...] bei der [...] eine Offerte für die Belieferung in den Jahren 2007 und 2008 einholen lassen (act. 25, Rz. 17 mit Beilage 25). Auch im Jahr 2007 habe sich die Gesuchstellerin parallel zu ihren Verhandlungen mit der Gesuchsgegnerin darum bemüht, Offerten von Dritten einzuholen (act. 25, Rz. 19). Gleiches habe sich im Jahr 2009 wiederholt (act. 25, Rz. 26). Die Gesuchstellerin habe die Gesuchsgegnerin über die Drittofferten informiert, und habe damit Verhandlungsdruck aufgebaut, um niedrigere Preise zu erlangen (act. 39, Rz. 7). Alle vertraglichen Verhandlungen seien spätestens seit 1999 unter der Prämisse einer bevorstehenden Strommarktliberalisierung geführt worden (act. 25, Rz. 76 ff.).
- 30 Neben den rund 100 GWh der Gesuchsgegnerin erhalte die Gesuchstellerin rund 140 GWh Strom von der [...] (act. 25, Rz. 41). Da die [...] aufgrund einer individuellen Vereinbarung Strom an Stelle der Gesuchsgegnerin liefere und sie mit der Gesuchsgegnerin weder wirtschaftlich noch rechtlich identisch sei, sei die [...] als Drittlieferantin anzusehen. Diese Vertragslösung entspreche keiner Grundversorgung, sondern einer Drittlieferung (act. 25, Rz. 69).
- 31 Endverbraucherinnen mit einem Bezugsprofil wie die Gesuchstellerin seien zudem gar nicht tarifierbar (act. 25, Rz. 51). In der Grundversorgung gebe es für sie keinen Raum, da den besonderen Bedürf-



nissen der Fahrplangestaltung und der Kommunikation in der Grundversorgung nicht Rechnung getragen werden könne (act. 25, Rz. 52). Es sei auch nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen, Endverbraucher wie die Gesuchstellerin so zu schützen, dass zu ihren Gunsten ständig eine derart grosse Strommenge vorgehalten werden müsse (act. 25, Rz. 54 ff.).

6 Öffnung des Elektrizitätsmarkts und Grundversorgung

6.1 Ziel und Zweck des Stromversorgungsgesetzes

- 32 Das Schweizer Stimmvolk hat im Jahr 2002 das Elektrizitätsmarktgesetz (EMG) abgelehnt. Das im Anschluss an diese Ablehnung erarbeitete und vom Parlament im Jahr 2007 verabschiedete Stromversorgungsgesetz enthält die Grundlagen für eine zuverlässige und nachhaltige Stromversorgung. Es sieht eine zweistufige Marktöffnung vor: in den ersten fünf Jahren haben Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh freien Marktzugang. Nach fünf Jahren können alle Endverbraucher ihren Stromlieferanten frei wählen, wobei gegen die Einführung einer solchen vollen Marktöffnung noch das fakultative Referendum ergriffen werden kann (Art. 34 Abs. 3 StromVG).
- 33 Gemäss Artikel 1 StromVG verfolgt das Gesetz zwei Ziele: Das Stromversorgungsgesetz regelt - wie schon der Name sagt - nicht nur die Marktöffnung. Es schafft auch die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung. Dazu gehören der Anspruch auf Grundversorgung und Vorschriften zur Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Elektrizitätsnetzes. Diese Ziele hat der Bundesrat so auch schon in der Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004 formuliert (Botschaft StromVG, BBl 2005 1617). Die beiden Zielsetzungen des StromVG sind, auch wenn sie noch so unterschiedlich ausgestaltet sind, als gleichrangig zu verstehen. Bei der Auslegung des StromVG ist somit auf eine ausgewogene Berücksichtigung beider gesetzgeberischen Ziele zu achten.

6.2 Sicherstellung der Grundversorgung

- 34 Artikel 6 Absatz 1 StromVG bestimmt, dass Verteilnetzbetreiber die erforderlichen Massnahmen treffen, damit sie in ihrem Netzgebiet den festen Endverbrauchern und den Endverbrauchern, die auf den Netzzugang verzichten, jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Tarifen liefern können. Was als angemessene Elektrizitätstarife gilt, wird in Artikel 4 StromVV näher umschrieben. Demnach hat sich der Tarifanteil für die Energielieferung an Endverbraucher mit Grundversorgung an den Gestehungskosten einer effizienten Produktion und an langfristigen Bezugsverträgen des Verteilnetzbetreibers zu orientieren. Was unter diesen Begriffen zu verstehen ist, hat die EICom in ihrer Weisung 5/2008 vom 4. August 2008 in detaillierter Form dargelegt (abrufbar unter: www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Weisungen der EICom). Überschreiten die Gestehungskosten die Marktpreise, orientiert sich der Tarifanteil an den Marktpreisen (Art. 4 Abs. 1 StromVV).
- 35 Artikel 6 StromVG gilt für die erste Stufe der Marktöffnung und wird fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes durch einen dem fakultativen Referendum unterstehenden Bundesbeschluss durch Artikel 7 StromVG ersetzt (Art. 34 Abs. 3 StromVG). Das in Artikel 7 StromVG beschriebene „Wahlmodell abgesicherte Stromversorgung“ (sog. WAS-Modell) gilt im Gegensatz zum heutigen System nur noch für die Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh, die von ihrem Recht auf Netzzugang keinen Gebrauch machen.



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

7 Endverbraucher mit Grundversorgung und Endverbraucher mit Anspruch auf Netzzugang

7.1 Rechtliche Grundlagen

- 37 Gemäss Artikel 6 Absatz 2 StromVG gelten die Haushalte und die anderen Endverbraucher (z.B. unternehmerische Kleinverbraucher) mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte als feste Endverbraucher. Diese Endverbraucher können ihren Stromlieferanten nicht frei wählen, deshalb bietet ihnen das StromVG eine besondere Schutzstellung. Ausserdem definiert Artikel 6 Absatz 1 StromVG in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe f StromVV die festen Endverbraucher und die Endverbraucher, die auf den Netzzugang verzichten, als Endverbraucher mit Grundversorgung.
- 38 Anspruch auf Netzzugang haben nach Artikel 6 Absatz 6 in Verbindung mit Artikel 13 Absatz 1 StromVG Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh. Artikel 11 Absatz 1 StromVV bestimmt, dass für den Anspruch auf Netzzugang der innerhalb der letzten zwölf Monate vor der letzten Auslesung ausgewiesene Jahresverbrauch massgebend ist. Gemäss Artikel 11 Absatz 2 StromVV können Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh, welche nicht bereits Elektrizität gestützt auf einen schriftlichen, individuell ausgehandelten Liefervertrag beziehen, dem Verteilnetzbetreiber in ihrem Netzgebiet jeweils bis zum 31. Oktober mitteilen, dass sie von ihrem Anspruch auf Netzzugang ab dem 1. Januar des folgenden Jahres Gebrauch machen. Damit entfällt die Lieferpflicht des Verteilnetzbetreibers gemäss Artikel 6 StromVG.

7.2 Anwendung im konkreten Fall

- 39 Die Gesuchstellerin hat einen durchschnittlichen Jahresverbrauch von insgesamt rund 240 GWh (act. 25, Rz. 41); davon bezieht sie rund 102 GWh Strom von der Gesuchsgegnerin. Dieser Jahresverbrauch übertrifft die Marktzutrittsschranke von 100 MWh um ein Vielfaches. Die Gesuchstellerin ist also keine feste Endverbraucherin im Sinne des StromVG. Es stellt sich somit die Frage, ob die Gesuchstellerin als Endverbraucherin, die auf den Netzzugang verzichtet hat und damit als Endverbraucherin mit Grundversorgung, oder als Endverbraucherin, die bereits in der Vergangenheit von ihrem Recht auf Netzzugang Gebrauch gemacht und damit keinen Anspruch auf Grundversorgung mehr hat, zu gelten hat.

7.2.1 Schriftlicher, individuell ausgehandelter Vertrag

- 40 Die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin haben in der Vergangenheit jeweils schriftliche Energielieferverträge und als Vertragsergänzung so genannte Strompreisvereinbarungen abgeschlossen, welche dem speziellen Verbrauchsprofil der Gesuchsgegnerin Rechnung getragen haben (act. 30, Beilage 16, Beilage 17; act. 25, Rz. 51; act. 25 Beilage 17, Folie Nr. 9 „Rückblick Meeting vom 27. April 2005“ unter dem Stichwort „Sensitivität Fahrplanmanagement“).



- 41 Im gültigen Energielieferungsvertrag 1971 (act. 1, Beilage 3), welcher die Basis für die verschiedenen vertragsergänzenden Strompreisvereinbarungen bildet (siehe oben, Rz. 2), findet eine mögliche Strommarktliberalisierung noch keine Erwähnung. In Strompreisvereinbarungen finden sich Hinweise auf eine Marktöffnung nach dem EMG (zum EMG siehe vorne, Rz. 32) und Vereinbarungsbestandteile, welche auf einen Übergang zu Marktbedingungen schliessen lassen. Noch im Jahre 2005 vertrat die Gesuchsgegnerin im Rahmen der Preisverhandlungen mit der Gesuchstellerin die Auffassung, dass der Schweizer Strommarkt „nicht frei“ sei (act. 25, Beilage 17, Folie Nr. 8: „Rückblick Meeting vom 27. April 2005“).
- 42 Die Gesuchstellerin verfügt nur über ganz wenige Endverbraucher mit einer vergleichbaren Bezugsmenge wie die Gesuchstellerin (102 GWh pro Jahr). Es ist daher einleuchtend, wenn sich die Gesuchsgegnerin auf den Standpunkt stellt, dass eine Belieferung mittels allgemein gültigen Tarifs in dieser Grössenordnung und mit diesem speziellen Verbrauchsprofil nicht möglich oder sinnvoll ist (dazu vorne, Rz. 31 f.). Dabei spielen vorliegend auch das Bezugsprofil und andere Sonderfaktoren der Energiebelieferung, insbesondere die Belieferung der Gesuchstellerin mit Dampf und Strom, eine wichtige Rolle. Auch in dieser Hinsicht ist eine individuelle vertragliche Regelung praktisch unumgänglich. Die Bestimmung in der Strompreisvereinbarung vom 07. Dezember 2006 (act. 1, Beilage 4) zeigen, dass die Gesuchstellerin einem Vertreter der Gesuchsgegnerin einen „Stage“ von ca. 5 Tagen ermöglichen musste (so in Ziff. 7), um Einblick in die Prozesse der Gesuchstellerin nehmen zu lassen, verdeutlicht die Problematik.
- 43 Das Kriterium der Individualität allein reicht jedoch nicht aus, bereits davon zu sprechen, dass die Gesuchstellerin vom freien Netzzugang Gebrauch gemacht hat. Vielmehr muss der Vertrag im Weiteren zwischen den Parteien ausgehandelt worden sein. Ausgehandelt werden dabei in den allermeisten Fällen finanzielle Komponenten. Hier sind verschiedene Inhalte denkbar: einerseits der Preis der Elektrizitätslieferung an sich, andererseits aber auch ein Rabatt oder ein Malus für die Einhaltung bzw. Nichteinhaltung gewisser Bedingungen, wie beispielsweise Fahrpläne. Entscheidend für die im vorliegenden Sachverhalt zu prüfende Frage sind die Vertragswerke als Gesamtes und die Frage, ob die Parteien aufgrund der konkreten Umstände einen Vertrag geschlossen haben, der aus Sicht der Gesuchstellerin darauf hindeutet, dass die Gesuchstellerin von günstigeren Konditionen profitiert, als wenn sie mit einem Tarif beliefert worden wäre.
- 44 Elektrizitätstarife sind die Tarife für die Endverbraucher mit Grundversorgung. Wie die Gesuchsgegnerin richtig ausführt (act. 25, Rz. 47), werden Tarife vom Verteilnetzbetreiber einseitig festgesetzt. Im Gegenzug unterliegen sie der behördlichen Kontrolle (Art. 22 Abs. 2 StromVG). Neben den eigentlichen Elektrizitätstarifen sind auch tarifvertretende Verträge zwischen Endverbrauchern und Elektrizitätsversorgern denkbar (so bereits die Verfügung der EICom vom 25. Juni 2009, S. 8; Referenz: 957-08-137), weil die Belieferung eines Endverbrauchers im Gegensatz zu herkömmlichen Tarifkunden nur mit individuellen Vereinbarungen möglich ist. Merkmal solcher Verträge ist aber wiederum, dass die Tarife für die Stromlieferung vom Lieferanten einseitig festgelegt werden oder einseitig festgelegt werden können. Demgegenüber stehen jene Elektrizitätslieferungsverträge, bei welchen die Preise für die Stromlieferung zwischen den Parteien unter Marktbedingungen ausgehandelt wurden.
- 45 Es ist – entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin (act. 25, Rz. 52) – durchaus denkbar, dass Elemente eines tarifvertretenden Vertrages, auch der Strompreis, bis zu einem gewissen Grad ausgehandelt werden. Bonus- oder Malus-Systeme, welche an die Einhaltung von Fahrplänen anknüpfen (act. 39, Rz. 22), können Anreize für grosse Verbraucher schaffen, ihr Bezugsprofil zu glätten. Damit kann die Gesamtbelastung des Netzes reduziert und ein effizienter Netzbetrieb gewährleistet werden (Art. 8 Abs. 1 Bst. a StromVG). Potentielle Preisvorteile liegen in solchen Fällen im Interesse sowohl des Verteilnetzbetreibers als auch der anderen Endverbraucher.



- 46 Die Parteien haben in den Jahren 2005 und 2006 sowie im Jahr 2008 Gespräche über die Belieferung der Gesuchstellerin geführt (act. 25, Beilagen 16 – 24, 26 – 29, 31, 32 und 36). Die Formulierungen wurden immer von der Gesuchsgegnerin vorgeschlagen (act. 30, Rz. 9 und Rz. 20; act. 39, Rz. 81). Im Jahr 2005 ging es um eine Vorbereitung auf den offenen Markt (act. 25, Beilage 16, Folie Nr. 4 und Folie Nr. 10). Die Gesuchsgegnerin vertrat die Auffassung, dass der Schweizer Markt noch nicht offen sei und dass die Gesuchstellerin ihren Strompreis durch gutes Fahrplanmanagement beeinflussen könne (vgl. etwa act. 25, Beilage 16, Folie Nr. 10 ff., Beilage 17, Folie Nr. 8, Beilage 29, Folie Nr. 23). Einige Offerten der Gesuchsgegnerin orientierten sich für den Energieteil am EEX-Preis (act. 39, Rz. 18, m.w.H.). Seit dem Erlass des StromVG argumentiert die Gesuchsgegnerin damit, die Gesuchstellerin sei bereits eine freie Kundin, weil sie über einen individuell ausgehandelten Liefervertrag verfüge (act. 25, Beilage 31, Folie Nr. 20 ff. und Folie Nr. 26; act. 30, Rz. 26).
- 47 Insgesamt lassen die Präsentationen der Gesuchsgegnerin darauf schliessen, dass eine Marktöffnung erst bevorstehe und das StromVG für die Schweiz der dafür relevante Erlass darstelle. Während der gesamten Zeit stand der Energieliefervertrag 1971 in Kraft (act. 1, Beilage 3). Dessen Art. 8 behielt der Gesuchsgegnerin im Falle allgemeiner Tarifierhöhungen das Recht vor, ihre Energiepreise gegenüber der Gesuchstellerin ebenfalls zu erhöhen (Art. 8, Abs. 1). Umgekehrt sind diese herabzusetzen, wenn sie sich bei Industrien mit ähnlichen Bezugsverhältnissen ebenfalls ermässigen (Art. 8, Abs. 2). Die Gesuchsgegnerin kann gestützt auf diese vertragliche Grundlage den Energiepreis einseitig anpassen. Es liegt somit ein tarifvertretender Vertrag vor.
- 48 Zudem finden sich keine Hinweise auf eine aktive Rolle der Gesuchstellerin in den Verhandlungen mit der Gesuchsgegnerin. Im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen seit dem Jahr 2008 nimmt die Gesuchstellerin in dem Sinn eine passive Rolle ein, als dass sie die Offerten der Gesuchsgegnerin jeweils einfach verstreichen lässt (act. 1, S. 8 ff.; act. 25, Rz. 22 ff.; act. 39, Rz. 81).

7.2.2 Netzzugang

- 49 Das Elektrizitätsnetz ist ein so genanntes natürliches Monopol. Es ist ökonomisch und ökologisch nicht sinnvoll, mehrere Elektrizitätsnetze nebeneinander zu bauen. Demgegenüber gibt es beim Energiehandel und -vertrieb Wettbewerb. Voraussetzung für den Wettbewerb beim Energiehandel ist, dass Dritte die Elektrizitätsnetze zur Durchleitung von Strom benutzen dürfen (vgl. auch WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2005, Rz. 126 ff.). Spätestens mit dem Bundesgerichtsentscheid 129 II 497 bestand ein Recht auf Durchleitung von Strom durch die Elektrizitätsnetze Dritter. Damit war die Marktöffnung auf Basis des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, SR 251) Tatsache. Die Stromversorgungsgesetzgebung regelt nun unter anderem die Modalitäten des Netzzugangs (siehe auch die Verfügung der ECom vom 25. Juni 2009, Ziff. 6.2.2., S. 8 [Referenz: 957-08-137]).
- 50 Netzzugang im Sinne der Stromversorgungsgesetzgebung ist das Recht auf Netznutzung, um von einem Lieferanten freier Wahl Elektrizität zu beziehen oder Elektrizität in ein Netz einzuspeisen (Art. 4 Abs. 1 Bst. d StromVG). Nach Artikel 13 Absatz 1 StromVG sind die Netzbetreiber verpflichtet, Dritten diskriminierungsfrei den Netzzugang zu gewähren.
- 51 Netzzugang bedeutet also einerseits, dass ein Endverbraucher seinen Elektrizitätslieferanten wechseln kann. Das heisst, er bezieht den Strom nicht mehr vom bisherigen (lokalen) Lieferanten und Netzbetreiber, sondern von einem anderen Versorger, jedoch weiterhin über das Netz des lokalen Netzbetreibers. Für die Durchleitung wird dieser Netzbetreiber mit dem so genannten Netznutzungs-entgelt entschädigt.



- 52 Denkbar sind jedoch auch jene Fälle, in denen es einem Endverbraucher gelingt, mit seinem bisherigen Lieferanten wesentlich günstigere Konditionen auszuhandeln. In diesen Fällen hat der Endverbraucher zwar nicht direkt von seinem Recht auf Netzzugang Gebrauch gemacht, das heisst, er beansprucht nicht die Durchleitung von Strom durch ein Netz eines Dritten. Die Tatsache, dass ein Endverbraucher faktisch durch die blossе Möglichkeit, freien Netzzugang zu erlangen, Strom zu günstigeren Konditionen erhält als bisher, und er somit von Marktmechanismen profitiert, spricht jedoch dafür, auch in solchen Fällen davon auszugehen, dass der Endverbraucher von seinem Recht auf freien Netzzugang Gebrauch gemacht hat. Von Marktmechanismen macht ein Endverbraucher dann Gebrauch, wenn er sich wie ein Marktteilnehmer verhält. Für einen Fall wie den vorliegenden kann das beispielsweise heissen, dass der Endverbraucher Offerten einholt und diese als Vergleich in Verhandlungen mit Konkurrenten seines bisherigen Energieversorgungsunternehmens verwendet. Ein Endverbraucher kann unter Umständen auf diese Weise Elektrizität von seinem bisherigen Lieferanten zu günstigeren Konditionen erhalten, als mit einem allgemein gültigen Tarif.
- 53 Die Gesuchstellerin hat die Gesuchsgegnerin vorliegend nicht um die Bekanntgabe von allfälligen Netznutzungsentgelten ersucht und keine Durchleitung beantragt. Auch wenn die [...] der Gesuchstellerin versucht hat, Offerten von anderen Anbietern einzuholen (dazu oben, Rz. 29), so sind diese nicht in die Verhandlungen mit der Gesuchsgegnerin eingeflossen (act. 30, Rz. 20, Rz. 22 und Rz. 24). Die Gesuchsgegnerin stellt das Einholen der Drittofferten zwar in zeitlichen Zusammenhang mit ihren eigenen Verhandlungen mit der Gesuchstellerin, behauptet indes nicht, die Gesuchstellerin habe diese Offerten in die Verhandlungen mit ihr eingebracht (act. 25, Rz. 17 ff.).
- 54 Würde bereits das blossе Einholen von Offerten, ohne dass diese von der Endverbraucherin in die Verhandlungen mit dem bisherigen Stromlieferanten eingebracht werden, als Eintritt dieser Endverbraucherin in den Markt gelten, hätte dies zur Folge, dass diese den Markteintritt gar nie erwägen kann. Denn damit würde bereits das Einholen der für die Überlegung notwendigen Informationen einen Markteintritt bedeuten.
- 55 Weiter stellt sich die Frage, ob die Belieferung mit Dampf und Strom durch die [...] als Drittbelieferung zu bewerten ist (act. 25, Rz. 69) oder nicht (act. 30, Rz. 73). An der [...] ist die Gesuchsgegnerin zu 40 % beteiligt (act. 30, Rz. 10; act. 39, Rz. 73 f.). Die [...] liefert der Gesuchstellerin Prozessdampf und entsprechend der Dampfproduktion Strom (act. 25, Beilage 14, [...] -Vertrag, Art. 1). Die Stromproduktion der [...] ist abhängig vom Prozessdampfbezug der Gesuchstellerin (Art. 2, Abs. 2 und Art. 4, Abs. 2). Die [...] beliefert in erster Priorität die Gesuchstellerin (Art. 5, Abs. 4). Nur wenn die Gesuchstellerin diese Energie nicht in ihrem Netz verbraucht, ist die [...] berechtigt, diese Energie an die Gesuchsgegnerin zu verkaufen (Art. 5, Abs. 4). Umgekehrt ist die [...] berechtigt, Eigenbedarf an Strom aus dem Netz der Gesuchstellerin zu beziehen (Art. 2, Abs. 3). Überdies stellt der [...] -Vertrag fest, dass nebst der Energielieferung aus der Energiezentrale (der [...]) von der Gesuchstellerin benötigte Energie aus dem 50-Kilovoltnetz der Gesuchsgegnerin bezogen wird, gemäss den zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin vereinbarten Konditionen (Art. 2, Abs. 2).
- 56 Bezieht die Gesuchstellerin Strom von der [...], ist dazu kein Netzzugang erforderlich. Die Gesuchstellerin nutzt zusammen mit der [...] einen gemeinsamen Netzzugang (act. 30, Rz. 8). „Die elektrische Energie wird direkt in das fabrikinterne 16-kV-Netz und in das 3,3-kV-Netz eingespiesen“ (act. 25, Beilage 14, [...] -Vertrag, Art. 2 Abs. 2). Dass die Gesuchstellerin über das Netz eines Dritten Strom beziehe, hat auch die Gesuchsgegnerin nicht vorgebracht. Der Bezug von Strom von der [...] ist daher nicht als Durchleitung zu werten.
- 57 Im vorliegenden Fall hat die Gesuchstellerin – anders als im Fall, welcher der Verfügung der ElCom vom 25. Juni 2009 (Referenz: 957-08-137) zu Grunde lag (dort S. 9) – demnach weder in der Vergangenheit noch in der Gegenwart von einem Durchleitungsrecht Gebrauch gemacht (act. 1, S. 6; act. 25,



Rz. 63 ff.). Vielmehr wird sie seit Jahrzehnten von der Gesuchsgegnerin mit Strom beliefert und dies seit 1971 auf der Basis des gleichen Vertrages.

- 58 Anders als im Fall 957-08-137 (vgl. erwähnte Verfügung der ECom vom 25. Juni 2009, S. 7), haben die Parteien im vorliegenden Fall nie eine grundlegende Neuordnung der vertraglichen Beziehungen vereinbart; vielmehr haben sie den Energielieferungsvertrag 1971 bislang in Kraft stehen lassen und auf dessen Basis Preisvereinbarungen getroffen. Ausserdem hat die Gesuchstellerin, als ihr dies vertraglich zugestanden hätte (zur Vereinbarung vom 05. Mai 2000, act. 25, Beilage 13 siehe vorne, Rz. 3), keine Drittofferten eingeholt und in Verhandlungen mit der Gesuchsgegnerin eingebracht. Zwar ist unbestritten, dass die damalige deutsche Muttergesellschaft der Gesuchstellerin Drittofferten eingeholt hat (act. 25, Rz. 17; act. 30, Rz. 29 f.). Die von der Gesuchsgegnerin erwähnte „Stromanfrage“ der [...] vom 30. März 2006 (act. 25, Beilage 25) ist einzig an [...] adressiert. Die „Stromanfrage“ der [...] vom 14. Mai 2008 (act. 25, Beilage 30) war an die [...] gerichtet und ging in Kopie an die Gesuchsgegnerin (act. 25, Beilage 30, in fine). Die von der Gesuchsgegnerin (act. 39, Rz. 62) erwähnte „Request“ vom März 2009 (act. 25, Beilage 38) hat keinen Adressaten. Die Gesuchstellerin bestreitet, Drittofferten in Verhandlungen mit der Gesuchsgegnerin eingebracht zu haben (act. 30, Rz. 21, 24 und 29 f.). Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise, dass die Gesuchstellerin die Drittofferten in die Verhandlungen eingebracht hat (vgl. insbesondere act. 25, Rz. 17 ff.).
- 59 Die Strompreisvereinbarungen der letzten Jahre zeigen, dass die Gesuchstellerin jeweils zu günstigen Konditionen beliefert worden ist (vgl. etwa die Übersicht in act. 30, Rz. 40). Allerdings war die günstige Belieferung abhängig von der Einhaltung von Fahrplänen. Der Strompreis lag zeitweise unter dem EEX-Preis (act. 25, Rz. 73 f. mit Beilage 42). Dies traf auch auf den der Verfügung der ECom vom 25. Juni 2009 zu Grunde liegenden Fall zu (Referenz: 957-08-137, vgl. dort Ziff. 6.2.2., S. 9). Die ECom schloss daraus, dass die Gesuchstellerin von günstigeren Konditionen als die anderen von der Gesuchsgegnerin mittels Tarif belieferten Endverbraucher profitiert hat. Die dortige Gesuchstellerin habe von Marktmechanismen profitiert und dadurch vom ihrem Recht auf freien Netzzugang schon zu einem frühen Zeitpunkt Gebrauch gemacht (ebenda). Die Gesuchstellerin ist an die 50-Kilovoltenebene angeschlossen, wie dies bei der Gesuchstellerin in oben erwähnter Verfügung auch der Fall war. Ihre Strompreise waren jedoch zumindest zwischen 2001 und 2008 höher – und zwar unter Bezugnahme auf jene Konditionen, welche bei Einhaltung der Fahrpläne galten. Stichhaltige Hinweise auf das Gebrauchmachen von Marktmechanismen fehlen (act. 1, S. 8 ff.; act. 25, Rz. 22 ff.; act. 39, Rz. 81).
- 60 Zwischenfazit: Die Gesuchstellerin hat bei Preisverhandlungen keine aktive Rolle eingenommen; insbesondere hat sie keinen Druck auf die Gesuchsgegnerin ausgeübt, beispielsweise durch das Einbringen von Drittofferten in Verhandlungen. Die finanziellen Konditionen ihrer Belieferung waren zwar gut, lassen den Rückschluss auf das Gebrauchmachen von Marktbedingungen aber nicht zu. Auch hat die Gesuchstellerin kein Durchleitungsbegehren gestellt. Die Belieferung der Gesuchstellerin mit Strom aus der Energiezentrale der [...] kann nicht als Durchleitung qualifiziert werden. Aus diesen Gründen hat die Gesuchstellerin von ihrem Recht auf freien Netzzugang bislang noch nicht Gebrauch gemacht und als Endverbraucherin im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 StromVG zu gelten.



7.2.3 Verbleib in der Grundversorgung

- 61 Die Gesuchstellerin beantragt, dass sie eine Endverbraucherin mit Grundversorgung bleibt, solange sie auf den Netzzugang verzichtet und ein entsprechendes Wahlrecht (Netzzugangsmitteilung an den Verteilnetzbetreiber) nicht ausübt (act. 1, S. 28). In diesem Zusammenhang rügt die Gesuchstellerin auch, Artikel 11 Absatz 2 StromVV fehle es an einer genügenden gesetzlichen Grundlage, da Artikel 6 StromVG ein Wahlrecht vorsehe, welches durch die Verordnungsbestimmung wieder eingeschränkt werde.
- 62 Anspruch auf Grundversorgung haben feste Endverbraucher und Endverbraucher, die auf den Netzzugang verzichten (Art. 6 Abs. 1 StromVG).
- 63 Artikel 11 Absatz 2 StromVV sieht zwar eine Mitteilung an den Netzbetreiber bis zum 31. Oktober vor. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass vom Anspruch auf Netzzugang ohne eine solche explizite Mitteilung Gebrauch gemacht wird.

8 Fazit

- 64 Die Gesuchstellerin wurde in der Vergangenheit von der Gesuchsgegnerin mittels eines tarifvertretenden Vertrages beliefert. Der tarifvertretende Vertrag trug den Besonderheiten in der Energiebelieferung der Gesuchstellerin Rechnung. Die Strompreisvereinbarungen enthalten zwar günstige Konditionen, diese sind aber gebunden an die Einhaltung gewisser Rahmenbedingungen wie Fahrpläne. Hinzu kommt, dass die Gesuchsgegnerin ein vertragliches Recht hat, die Energiepreise einseitig anzupassen. Die Gesuchstellerin hat in der Vergangenheit nicht aktiv darauf hingewirkt, von Marktmechanismen zu profitieren. Auch eine Durchleitung von Strom hat nie stattgefunden.
- 65 Somit ist die Gesuchstellerin als Endverbraucherin mit Grundversorgung im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 StromVG zu qualifizieren. Die Gesuchsgegnerin hat auch den Elektrizitätstarif dieser Kundengruppe zu veröffentlichen (Art. 12 Abs. 1 StromVG, Art. 10 StromVV).

9 Eventualantrag

- 66 Die Gesuchstellerin stellt eventualiter den Antrag, seit dem 01. Januar 2009 als Endverbraucherin in der Grundversorgung jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zum Tarif von [...] Rp./kWh zu erhalten (dazu vorne, Rz. 8).
- 67 Aufgrund der Eingaben der Parteien und der Bezeichnung als Eventualantrag geht die EICom davon aus, dass dieser Antrag nach Gutheissung des Hauptantrages nicht mehr zu behandeln ist.

10 Gebühren

- 68 Die EICom 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).



69 [...]

70 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]). Diese Verfügung wurde verursacht durch die Gesuchstellerin, welche das Verfahren mit ihrer Berechnung der Netznutzungstarife veranlasste. Die Gesuchstellerin hat indes mit ihrem Antrag in der Hauptsache obsiegt. Bei diesem Verfahrensausgang rechtfertigt es sich, die Gebühren vollständig der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen.

11 Parteientschädigung

71 Gesuchstellerin (act. 1, Antrag 4, S. 29) und Gesuchsgegnerin (act. 25 und act. 39, jeweils Antrag 2 [Rechtsbegehren zur Sache]) beantragen die Zusprechung einer Parteientschädigung; die Anträge werden indes nicht begründet. Weder die Stromversorgungsgesetzgebung noch das VwVG sehen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren die Ausrichtung einer Parteientschädigung vor. Für eine analoge Anwendung von Artikel 64 VwVG, welcher das Beschwerdeverfahren betrifft, besteht kein Raum, da es sich beim Ausschluss von Parteientschädigungen im erstinstanzlichen Verfahren nicht um eine echte Lücke handelt, sondern dies vom Gesetzgeber bewusst so vorgesehen wurde (BGE 132 II 47, E. 5.2, S. 62 f.). Entsprechend wird keine Parteientschädigung zugesprochen.



III **Entscheid**

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Es wird festgestellt, dass die Gesuchstellerin als Endverbraucherin mit Grundversorgung im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 StromVG zu qualifizieren ist.
3. Die Gebühr für die Behandlung des vorliegenden Gesuchs beträgt CHF [...]. Sie wird der Gesuchsgegnerin auferlegt.
4. Der Eventualantrag der Gesuchstellerin wird als gegenstandslos abgeschrieben.
5. Parteientschädigung wird keine zugesprochen.
6. Diese Verfügung wird den Parteien mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 09. Dezember 2010

Eidgenössische Elektrizitätskommission ECom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Geschäftsführer ECom

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- [...],
vertreten durch [...]
- [...],
vertreten durch [...]



IV **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.