



Referenz/Aktenzeichen: 957-08-1693

Bern, 15. Dezember 2011

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ECom

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

in Sachen: [...] **(Gesuchstellerin)**

gegen [...] **(Gesuchsgegnerin)**

betreffend **Elektrizitätstarife 2008 bis 2011**



I Sachverhalt

A.

- 1 Die [...] (Gesuchstellerin) ist eine Endverbraucherin mit einem jährlichen Verbrauch von ca. 1,8 Gigawattstunden (GWh) Strom (act. I-1, Beilage 5, S. 6; act. I-8, Rz. 28). Diesen bezieht sie als 16-Kilovoltkündin bei den [...] (Gesuchsgegnerin) auf Netzebene 5 (act. I-15, Rz. 6; act. I-16, Rz. 8). Die Gesuchsgegnerin ist eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt der Stadt [...] (Zentraler Firmenindex, Nr. [...]). Sie wird ihrerseits von der [...] (Vorliegerin) beliefert, welche eine eigene Netzinfrastruktur betreibt und zusammen mit ihren Vertriebspartnern Stromlieferungen erbringt (act. I-1, Rz. 15 f. mit Beilagen 8-10).

B.

- 2 Mit dem Energielieferungsvertrag vom 23. Januar 2001 (Energielieferungsvertrag, act. I-1, Beilage 2) haben die Gesuchstellerin als Kundin, die Gesuchsgegnerin als Detailversorgerin sowie die Vorliegerin als Lieferantin an die Gesuchsgegnerin die Lieferung von „Vorzugsenergie“ an die Gesuchstellerin vereinbart (Deckblatt des Energielieferungsvertrages). Der Energielieferungsvertrag trat rückwirkend per 1. Juli 2000 in Kraft und ergänzt das „Reglement [...] der Stadt [...]“ und ersetzt gemäss Ziffern 1.2 und 1.3 die „Vereinbarung vom 7. Dezember 1998 über die Belieferung mit Wochenendenergie“ (act. I-7, Beilage 10).
- 3 Der Energielieferungsvertrag sieht vor, der Gesuchstellerin zum Zeitpunkt der Marktöffnung gemäss Elektrizitätsmarktgesetz (EMG) eine optimale Ausgangslage für die Belieferung mit elektrischer Energie sicherzustellen, indem diese zu „Vorzugspreisen“ mit elektrischer Energie beliefert wird (Ziff. 1.1, Ziff. 2.1 und Ziff. 7). Er unterschied vier zeitliche Phasen mit unterschiedlichen Konditionen für die Gesuchstellerin: Phase I zu [...] Rappen pro Kilowattstunde (Rp./kWh), Phase II zu [...] Rp/kWh, Phase III zu [...] Rp/kWh, Phase IV zu einem „marktfähige(n) Preis“. Der Vertrag enthält eine „Wirtschaftlichkeitsklausel“ (Ziff. 5) und eine „salvatorische Klausel“ (Ziff. 6).

C.

- 4 Das EMG wurde am 22. September 2002 in einer Volksabstimmung (Gesetzesreferendum) abgelehnt (Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 22. September 2002, Bundesblatt 2002, S. 7821 ff.). Mit BGE 129 II 497 anerkannte das Bundesgericht im Jahr 2003 ein Recht auf Durchleitung von Strom durch die Elektrizitätsnetze Dritter gestützt auf das Bundesgesetz über die Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1996 (Kartellgesetz, SR 251).
- 5 Am 1. April 2004 trat eine Revision des Kartellgesetzes in Kraft (AS 2003, S. 1385). In Absprache mit der Gesuchsgegnerin teilte die Vorliegerin der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 31. März 2005 (act. I-5, Beilage 1) mit, dass sie die Ziffern 2.2 bzw. 2.3 und Ziffer 3.2 des Energielieferungsvertrages wegen der neuen Rechtslage als kartellrechtswidrig und daher nichtig erachte. Unter Anrufung der salvatorischen Klausel des Energielieferungsvertrags (Ziff. 6) schlug die Vorliegerin vor, ab 2006 jährlich einen Vertragspreis jeweils bis zum 1. Juli des Folgejahres anzubieten. Zudem stehe den Vertragsparteien das Recht zu, den Vertrag mit einer Kündigungsfrist von 3 Monaten bis zum Ende des Kalenderjahres zu beenden. Ein Schweigen der Gesuchstellerin werde „in Anbetracht der neuen kartellrechtlichen Situation“ als Einverständnis zur Vertragsanpassung verstanden. Die Gesuchstellerin reagierte nicht auf das Schreiben (act. I-1, Beilage 13, S. 4).



- 6 Mit weiterem Schreiben vom 23. Juni 2006 offerierte die Vorliegerin der Gesuchstellerin für das Jahr 2007 für einen Verbrauch von 3000 – 4000 Volllaststunden einen Preis von [...] Rp./kWh (act. I-1, Beilage 3). In einem gemeinsamen Schreiben vom 11. Dezember 2006 kündigten die Gesuchsgegnerin und die Vorliegerin den Energielieferungsvertrag per 31. Dezember 2007, denn der Energielieferungsvertrag müsse im Hinblick auf die Veränderungen im Strommarkt ersetzt werden (act. I-4, Beilage 2). Seit Januar 2007 stellte die Vorliegerin für die Strombezüge der Gesuchstellerin ein durchschnittliches Entgelt von [...] Rp./kWh in Rechnung (act. I-1, Rz. 25).

D.

- 7 Am 9. November 2007 liess die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin eine mit „*Verfügung*“ betitelte Rechnung mit kurzem Begleittext und Rechtsmittelbelehrung zukommen (act. A-1, Beilage 20), in welcher die Gesuchstellerin zur Zahlung ihrer Energiebezüge „*gemäss den geltenden Tarifen und Reglementen*“ aufgefordert wurde. Die Gesuchstellerin erhob dagegen eine Beschwerde beim [...]. Mit Entscheid vom 15. September 2008 hiess das [...] die Beschwerde gut, da die Verfügung einen schweren Mangel aufweise (act. I-1, Beilage 13, Ziff. 1 des Dispositivs und S. 19 des Entscheides). Der Energielieferungsvertrag sei nicht geändert worden (act. I-1, Beilage 13, Ziff. 2.2.1. Bst. a) und stehe noch in Kraft (act. I-1, Beilage 13, Ziff. 2.2.1. Bst. b). Der Gesuchsgegnerin ermangle es an einer rechtlichen Grundlage zum Erlass der Verfügung. Die Gesuchsgegnerin hätte leicht erkennen können, dass sie zum Zeitpunkt der Verfügung an den Energielieferungsvertrag gebunden gewesen wäre (act. I-1, Beilage 13, S. 17). Der Energielieferungsvertrag stehe im Einklang mit der Kartellgesetzgebung und sei unter Berücksichtigung der salvatorischen Klausel nicht nichtig, sondern rechts-gültig in Kraft geblieben (act. I-1, Beilage 13, S. 12).

E.

- 8 Um gemeinsam mit der Gesuchsgegnerin und der Vorliegerin über die Stromtariferhöhungen per 1. Januar 2007 zu verhandeln (act. I-1, Rz. 9), hatten verschiedene Unternehmen die „Interessengemeinschaft [...]“ (IG [...]) gebildet. Alle Unternehmen – darunter die Gesuchstellerin – befinden sich im Versorgungsgebiet der Vorliegerin und werden von dieser oder – wie vorliegend – einem kommunalen Vertriebspartner der Vorliegerin mit elektrischer Energie beliefert.
- 9 Am 16. November 2007 reichte die IG [...] für alle vertretenen Endverbraucher bei der Wettbewerbskommission (WEKO) Anzeige ein und beantragte die Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens nach Artikel 26 ff. des Kartellgesetzes (act. I-1, Beilage 5). Die Vorliegerin sowie die Gesuchsgegnerin 1 und weitere kommunalen Vertriebspartner der Vorliegerin hätten eine marktbeherrschende Stellung, welche sie mit der Erzwingung unangemessener Preise missbrauchen würden (Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG). Die von den Energieversorgungsunternehmen beschlossenen Strompreiserhöhungen per 1. Januar 2007 seien nicht gerechtfertigt (zum Ganzen act. I-1, Beilage 5, S. 18 ff.). Die in der IG Stromeinkauf vertretenen Unternehmen wiederum seien mit dem Versuch gescheitert, gestützt auf die mit BGE 129 II 497 entstandene Rechtslage einen anderen Stromlieferanten zu finden (act. I-1, Beilage 5, S. 12 f.).
- 10 Da aufgrund von Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe b des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 (StromVG, SR 734.7) ab 1. Januar 2008 die EICom für die Überprüfung der Netznutzungstarife und -entgelte sowie der Elektrizitätstarife zuständig ist, überweis die WEKO das Dossier in Absprache mit der Preisüberwachung mit Schreiben vom 10. Dezember 2007 an die EICom (act. I-1, Beilage 6).



F.

- 11 Mit Schreiben vom 24. Dezember 2007 (act. A-3) wurde die frühere Eingabe an die WEKO zum integralen Bestandteil der Beschwerde an die Eidgenössische Elektrizitätskommission (EiCom) erhoben. Mit Schreiben vom 11. April 2008 erläuterte die Gesuchstellerin die Anträge an die WEKO (act. A-5). Nach einem Schreiben des Fachsekretariats der EiCom (FS EiCom) vom 29. Juli 2008 (act. A-7) beantragte die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 1. September 2008 (act. A-11) die Untersagung von Strompreiserhöhungen gegenüber den in der IG Stromeinkauf vertretenen Unternehmen (Anträge 1.1 bis 1.5); für die Gesuchstellerin sei eine Reduktion der „Strompreiserhöhung“ um 15.79 % vorzunehmen.
- 12 Mit Schreiben vom 24. November 2008 stellte die Gesuchstellerin (act. I-1) folgende Rechtsbegehren:
- „1. Es sei die von den Gesuchsgegnerinnen (gemeint sind die Gesuchsgegnerin und deren Vorliegerin; Anmerkung der EiCom) gegenüber der Gesuchstellerin per 1. Januar 2007 vorgenommene Strompreiserhöhung zu überprüfen und angemessen herabzusetzen.
2. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerinnen.“*

G.

- 13 Mit Schreiben vom 10. Februar 2009 (act. A-23 bis A-25) eröffnete das FS EiCom ein Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Nach mehreren Fristerstreckungen (act. A-29 bis A-39 sowie act. A-41 und A-42) erfolgten von Seiten der Gesuchsgegnerin und der Vorliegerin die Stellungnahmen vom 1. Juli 2009 (act. I-3), vom 2. Juli 2009 (act. I-4), und vom 31. August 2009 (act. I-5 und I-6).
- 14 Mit Schreiben vom 2. November 2009 traf das FS EiCom Abklärungen zum Sachverhalt (act. A-49, A-50 und A-51), welche die Parteien nach mehrmaliger Fristerstreckung (act. A-52 bis A-57) mit Schreiben vom 11. Januar 2010 (act. I-7, A-58, A-59 und A-60) beantworteten.

H.

- 15 Am 7. Mai 2010 beantragte die Gesuchstellerin die Sistierung des Verfahrens, da die Parteien *„in der Zwischenzeit in ernsthafte aussergerichtliche Verhandlungen getreten“* wären (act. A-62). Mit Schreiben vom 11. Mai 2010 sistierte das FS EiCom das Verfahren vorerst (act. A-63 bis A-65). In der folgenden Zeit beantragte die Gesuchstellerin wiederholt die Verlängerung der Sistierung (act. A-66, A-70, A-75, A-78 und A-83), welche das FS EiCom wiederholt genehmigte (act. A-67, A-68, A-69, A-71 bis A-73, A-75 bis A-77, A-79 bis A-81 und A-88 bis A-90). Mit Schreiben vom 30. Juni 2011 beantragte die Gesuchstellerin die Wiederaufnahme des Verfahrens (act. A-91), was das FS EiCom mit Hinweis auf den damals zu erwartenden Bundesgerichtsentscheid 2C_739/2010 ablehnte (act. A-92, A-93, A-94).
- 16 Am 6. Juli 2011 erging besagtes Urteil; im August wurde es auf der Webseite des Bundesgerichts veröffentlicht. Daher nahm das FS EiCom das Verfahren mit Schreiben vom 15. August 2011 wieder auf und bot den Parteien gleichzeitig Gelegenheit, sich zum erwähnten Urteil des Bundesgerichts zu äussern (act. A-98 bis A-100). Die Gesuchsgegnerin und die Vorliegerin antworteten mit Schreiben vom 15. September 2011 (act. A-102 und A-103), während die Gesuchstellerin um Erstreckung der Frist ersuchte (act. A-101). Der Antrag der Vorliegerin vom 19. September 2011 auf Abweisung des Fristerstreckungsgesuches der Gesuchstellerin (act. A-105) erreichte das FS EiCom erst nach bereits erfolgter positiver Beantwortung des Gesuches am 19. September 2011 (act. A-104).



- 17 Mit Eingaben vom 17. und 18. Oktober 2011 (beide: act. I-8) modifizierte die Gesuchstellerin ihre früheren Rechtsbegehren vom 24. November 2008. Die Rechtsbegehren lauten neu:
- „1. Es sei festzustellen, dass der im Lieferjahr 2008 für die Gesuchstellerin anzuwendende Tarif für die Netznutzung und Elektrizität total [...] Rp./kWh beträgt.
2. Eventuell sei der für das Lieferjahr 2008 für die Gesuchstellerin anzuwendende Tarif festzulegen.
3. Es sei der für die Gesuchstellerin anzuwendende Tarif der Grundversorgung für die Lieferjahre 2009, 2010 und 2011 unter Berücksichtigung der Bezugsmenge festzulegen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerinnen (gemeint sind die Gesuchsgegnerin und deren Vorliegerin; Anmerkung der EICom).“*
- 18 Aufgrund der modifizierten Anträgen und neuen Argumente der Gesuchstellerin erhielten die Gesuchsgegnerin und die Vorliegerin erneut Gelegenheit zur Stellungnahme, verbunden mit Fragen zur Netzanschlussituation (act. I-9 und I-10). Die Gesuchsgegnerin und die Vorliegerin beantragten mit Schreiben vom 22. November 2011 (act. I-11) und vom 23. November 2011 (act. I-13) Fristerstreckungen bis zum 23. Dezember 2011. Das FS EICom gewährte Fristerstreckungen bis zum 5. Dezember 2011 (act. I-12 und I-14).
- 19 Die Gesuchsgegnerin teilte im Schreiben vom 5. Dezember 2011 mit, dass sie den Grundversorgungsanspruch der Gesuchstellerin anerkenne (act. I-15, Rz. 5 f.). Für das Jahr 2008 akzeptiere sie eine Belieferung der Gesuchstellerin zu 11.40 Rp./kWh, für die Jahre 2009 bis 2011 die Anwendung des jeweils gültigen und publizierten Tarifes für Grundversorgung (act. I-8, Rz. 4 f.). Die Vorliegerin äusserte sich in ihrem Schreiben vom 5. Dezember 2011 (act. I-16) im gleichen Sinne.
- 20 Mit Einverständnis der Gesuchsgegnerin (act. I-19 und I-20) nahm die EICom je das Formular 4.2 aus der Kostenrechnung light 2011 und 2012 der Gesuchsgegnerin zu den Akten. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2011 wurden der Gesuchstellerin (act. I-21), der Gesuchsgegnerin (I-22) sowie der Vorliegerin (I-23) die Aktenverzeichnisse mit dem Hinweis zugestellt, dass der Schriftenwechsel abgeschlossen sei.

II Erwägungen

1 Zuständigkeit

- 21 Die Gesuchsgegnerin (act. I-4, S. 6) und die Vorliegerin (act. I-3, Rz. 14 ff.) bestreiten in ihren Eingaben zu Beginn des Verfahrens eine Zuständigkeit der EICom, da nach ihrer Ansicht nur die Belieferung der Gesuchstellerin für das Jahr 2007 im Streit stehe (act. I-3, Rz. 1 – 4; act. I-4, S. 5). Eine Überprüfung der Tarife für das Jahr 2007 würde der Preisüberwachung obliegen, nicht der EICom (act. I-3, Rz. 16; act. I-5, Rz. 8; act. I-6, Rz. 8). Eventualiter argumentieren die Gesuchsgegnerin und die Vorliegerin, das StromVG und die Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71) würden keine Vorwirkung zeitigen (act. I-3, Rz. 18 ff., insbesondere Rz. 20; act. I-4, S. 7 f.).
- 22 Die Gesuchstellerin argumentiert, dass sie eine Endverbraucherin mit Grundversorgung sei (act. I-1, Rz. 6; act. I-8, Rz. 5) und dass es um eine Überprüfung des Stromtarifes gehe (act. I-6, Rz. 7). Zudem hätte die WEKO die Frage, ob die Strompreiserhöhung gerechtfertigt sei oder nicht, mit Schreiben vom 10. Dezember 2007 (act. I-1, Beilage 6) an die EICom übergeben (act. I-6, Rz. 12). Eine sachliche Zuständigkeit der EICom sei gegeben. Der vorliegende Streit betreffe nicht nur das Jahr 2007, sondern auch die Tarife der Jahre 2008 bis 2011 (act. I-8, Rz. 6 f.)



- 23 Die Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom überwacht gemäss Artikel 22 Absatz 1 StromVG; die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Der ursprüngliche Antrag der Gesuchstellerin hatte die Beurteilung ihrer Belieferungssituation im Jahr 2007 (act. I-1) zum Inhalt. Mit ihrer Eingabe vom 17. und 18. Oktober 2011 (act. I-8, Rechtsbegehren sowie Rz. 8) hat sie den Antrag betreffend das Jahr 2007 zurückgezogen. Die EICom hat sich daher vorliegend nicht mit der Belieferungssituation im Jahr 2007 oder mit der Frage einer Vorwirkung des Stromversorgungsgesetzes auseinandersetzen (vgl. dazu aber die Ausführungen in act. I-3, Rz. 20 ff. und act. I-4, S. 7). Gleichzeitig erstreckt sich der modifizierte Antrag der Gesuchstellerin explizit auf ihre Belieferungssituation im Zeitraum zwischen dem 1. Januar 2008 und dem 31. Dezember 2011 (act. I-8, Rechtsbegehren 1, 2 und 3). Das StromVG ist in weiten Teilen per 1. Januar 2008 in Kraft getreten (Art. 1 der Verordnung über die teilweise Inkraftsetzung des Stromversorgungsgesetzes vom 28. November 2007, AS 2007, S. 6827). Vorliegend ist der anzuwendende Tarif strittig. 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 EICom zur Beurteilung der Belieferungssituation seit dem 1. Januar 2008 gegeben. Das Verfahren der EICom richtet sich nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021; vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. d VwVG sowie Art. 11 Geschäftsreglement der Elektrizitätskommission vom 12. September 2007, SR 734.74).

2 Parteien

- 24 Als Parteien gelten nach Artikel 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. 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).
- 25 Das Gesuch betrifft sowohl die Gesuchstellerin als auch die Gesuchsgegnerin. Diese stellen denn auch je Rechtsbegehren, welche die Rechtsstellung der beiden Beteiligten betreffen. Die Gesuchstellerin verfügt demnach über Parteistellung im Verfahren.

3 Schutzwürdiges Interesse und Verfahrensgegenstand

- 26 Dem Begehren um Erlass einer Verfügung ist zu entsprechen, wenn die Gesuchstellerin ein schutzwürdiges Interesse nachweise (Art. 25 Abs. 2 VwVG, für Leistungs- und Gestaltungsverfügungen vgl. RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 1206, m.H. auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts).
- 27 Für das Jahr 2008 stellt die Gesuchstellerin den Antrag, „(e) sei festzustellen, dass der im Lieferjahr 2008 für die Gesuchstellerin anzuwendende Tarif für Netznutzung und Elektrizität total [...] Rp./kWh beträgt“ (act. I-8, Rechtsbegehren 1). „Eventuell sei der für das Lieferjahr 2008 für die Gesuchstellerin anzuwendende Tarif festzulegen“ (act. I-8, Rechtsbegehren 2). Die Gesuchsgegnerin teilte in ihrem Schreiben vom 5. Dezember 2011 mit, dass sie den Grundversorgungsanspruch der Gesuchstellerin anerkenne (act. I-15, Rz. 5 f.). Für das Jahr 2008 akzeptiere sie eine Belieferung der Gesuchstellerin zu [...] Rp./kWh, weshalb es der Gesuchstellerin diesbezüglich an einem Rechtsschutzinteresse fehle (act. I-15, Rz. 4 und act. I-1, Beilage 2, Ziff. 3.1). Auch die Vorliegerin erwähnt, der Gesuchstellerin sei



bereits bei aussergerichtlichen Verhandlungen für das Jahr 2008 ein Preis von [...] Rp./kWh angeboten worden, welcher dem Tarif entspreche, welchen die Gesuchstellerin durch die EICom festgestellt haben wolle (act. I-16, Rz. 4). In einem Schreiben vom 4. Oktober 2011 an die Gesuchsgegnerin anerkennt auch die Gesuchstellerin, dass für das Jahr 2008 (nicht aber für die Folgejahre) aussergerichtlich eine Einigung erzielt worden sei (act. I-15, Beilage 3). Damit ist die Belieferung im Jahr 2008 zu [...] Rp./kWh nicht mehr bestritten und es fehlt der Gesuchstellerin an einem schutzwürdigen Interesse an einer Klärung ihrer Belieferungssituation im erwähnten Jahr (act. I-16, Rz. 4).

- 28 Hingegen besteht keine Einigkeit unter den Parteien hinsichtlich der Belieferungssituation der Gesuchstellerin für die Jahre nach 2008. Damit hat die Gesuchstellerin ein Interesse an einer Klärung ihrer Belieferungssituation in den Jahren 2009, 2010 und 2011 durch die EICom.
- 29 Damit tritt die EICom auf die Rechtsbegehren 1 und 2 gemäss der Eingabe der Gesuchstellerin vom 17. Und 18. Oktober 2011 (act. I-8) mangels eines schutzwürdigen Interesses nicht ein. Ein schutzwürdiges Interesse ist für die Rechtsbegehren 3 und 4 gegeben.
- 30 Der Anspruch der Gesuchstellerin auf Grundversorgung für die Jahre 2009, 2010 und 2011 ist nicht mehr strittig. Die Gesuchsgegnerin bezeichnet die Gesuchstellerin explizit als Endverbraucherin mit Grundversorgung (act. I-15, Rz. 6, Bst. a). Seit dem 1. Januar 2009 wird die Gesuchstellerin als Tarifkundin mit Grundversorgung beliefert (act. A-60, S. 7). Die Frage, ob die Gesuchstellerin von ihrem Recht auf Netznutzung Gebrauch gemacht hat (vgl. dazu act. I-7, Rz. 16 ff.) bildet somit nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

4 Vorbringen der Gesuchstellerin

- 31 Die Gesuchstellerin bezeichnet sich als Endverbraucherin mit Grundversorgung nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe f StromVV; sie wolle von ihrem Recht auf Netzzugang gemäss Artikel 13 Absatz 1 StromVG vorerst keinen Gebrauch machen (act. I-1, Rz. 2).
- 32 Mit dem Bundesgerichtsurteil 2C_739/2010 vom 6. Juli 2011 habe sich geklärt, dass die Gesuchstellerin Endverbraucherin mit Grundversorgung sei (act. I-8, Rz. 5). Trotz Vorliegen eines altrechtlichen Vertrages über die Stromlieferung sei die Gesuchstellerin als Endverbraucherin mit Grundversorgung zu qualifizieren (act. I-8, Rz. 9). Der Grundversorgungsanspruch gelte gegenüber der Gesuchsgegnerin (act. I-8, Rz. 5).
- 33 Für die Jahre 2009, 2010 und 2011 liesse sich die Preisbestimmungsmethode des gültigen Energielieferungsvertrages (act. I-8, Rz. 15 – 22) nicht anwenden (act. I-8, Rz. 26). Für diese Jahre soll nicht der von der Gesuchstellerin 1 publizierte Tarif zur Anwendung gelangen (act. I-8, Rz. 27 f.), sondern ein Tarif, welcher mit einer mathematischen Degression dem Verbrauch der Gesuchstellerin Rechnung trägt (act. I-8, Rz. 29).

5 Vorbringen der Gesuchsgegnerin und der Vorliegerin

- 34 Die Gesuchsgegnerin bringt vor, per 1. Januar 2009 komme der jeweils gültige und publizierte Grundversorgungstarif zur Anwendung (act. I-8, Rz. 5). Der „Idee eines Tarifs“ würde es hingegen widersprechen, jedem einzelnen Endverbraucher entsprechend seines individuellen Anforderungs- oder Bezugsprofils gerecht werden zu müssen (act. I-8, Rz. 5).



- 35 Die Vorliegerin äusserte sich in ihrem Schreiben vom 5. Dezember 2011 (act. I-16) im gleichen Sinne. Für einen «à la carte»-Preis fände sich keine rechtliche Begründung und die vorgeschlagene Berücksichtigung der Bezugsmenge würde einem Tarif widersprechen (act. I-16, Rz. 6 f.).

6 Belieferung der Gesuchstellerin

- 36 Die Gesuchstellerin ist unbestrittenermassen (vgl. vorne, Rz. 30) Endverbraucherin mit Grundversorgung. 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 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).
- 37 Die Gesuchsgegnerin will für die Gesuchstellerin den Tarif [...] (nachfolgend: „MS - Industrie“) zu Anwendung bringen (act. I-8, Rz. 28; act. I-15, Rz. 5). Die Gesuchstellerin bezieht mit 1,8 GWh (vgl. oben, Rz. 1) nach eigener Aussage rund 18 mal mehr Energie, als diesem Tarif zu Grunde liege (act. I-8, Rz. 28: *„Die Gesuchstellerin bezieht 18x mehr, als der von der Gesuchsgegnerin 1 angewandte Tarif.“*). Daher sei sie mit diesem Tarif nicht einverstanden (zum Ganzen act. I-8, Rechtsbegehren 3 sowie Rz. 28). Für die Jahre 2009 bis 2011 sei, so die Gesuchstellerin, ein tieferer Tarif anzusetzen als für einen Verbraucher mit 100'000 kWh (act. I-8, Rz. 29). Für die Bestimmung dieses Tarifs schlägt die Gesuchstellerin die Anwendung der gleichen mathematischen Degression vor, wie sie sich aus der Differenz zwischen dem Grundversorgungstarif für Verbraucher mit 20'000 kWh und für Verbraucher mit 100'000 kWh ergibt. Nur so werde die Gesuchsgegnerin dem Gleichbehandlungsgebot gerecht, welches als Grundsatz für die Verbraucher in der Grundversorgung gelte (act. I-8, Rz. 29; zur Verbrauchsmenge der Gesuchstellerin vgl. auch act. I-1, Beilage 2, Ziff. 3.1 des Energielieferungsvertrages). Die Gesuchsgegnerin bringt vor, es würde keine gesetzliche Vorgabe geben, Bezugsmengen von mehr als 100'000 kWh pro Jahr „weiteren Abstufungen“ zu unterwerfen (act. I-15, Rz. 5). Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Zuordnung der Gesuchstellerin zur Kundengruppe „MS - Industrie“ StromVG-konform ist.
- 38 Artikel 6 Absatz 3 StromVG bestimmt, dass die Betreiber der Verteilnetze in ihren Netzgebieten für feste Endverbraucher mit gleichartiger Verbrauchscharakteristik, die von der gleichen Spannungsebene Elektrizität beziehen, einen einheitlichen Elektrizitätstarif festlegen müssen. Diese Bestimmung gilt nach der Gesetzessystematik für alle Endverbraucher in der Grundversorgung und nicht nur für die festen Endverbraucher. Für die Netznutzungstarife legt Artikel 14 Absatz 3 Buchstabe a StromVG fest, dass diese einfache Strukturen aufweisen und die von den Endverbrauchern verursachten Kosten widerspiegeln müssen. Die Tarife müssen weiter pro Kundengruppe einheitlich sein (Art. 14 Abs. 3 Bst. c StromVG). Um der Verursachergerechtigkeit gemäss StromVG Rechnung zu tragen, müssen sich Kundengruppen im Sinne von Artikel 14 Absatz 3 Buchstabe c StromVG durch eine unterschiedliche bezogene Netzdienstleistung auszeichnen, wie zum Beispiel ein anderes Bezugsprofil oder eine Minder-, respektive Mehr-Nutzung gewisser Leistungen des Vorliegers (vgl. die Verfügung der EICom vom 14. Mai 2009 [Referenz: 921-07-002], S. 7 f.; Verfügung der EICom vom 11. November 2010 [Referenz 952-08-010], Rz. 51). Schliesslich müssen die Netznutzungstarife den Zielen einer effizienten Elektrizitätsverwendung Rechnung tragen (Art. 14 Abs. 3 Bst. e StromVG). Der zuletzt genannte



Grundsatz wird in Artikel 18 Absatz 2 StromVV konkretisiert. Demnach muss der Netznutzungstarif bei Spannungsebenen unter einem Kilovolt für Endverbraucher in ganzjährig genutzten Liegenschaften ohne Leistungsmessung zu mindestens 70 Prozent ein nicht-degressiver Arbeitstarif (Rp./kWh) sein. Der Netznutzungstarif soll nicht mit zunehmendem Elektrizitätsverbrauch sinken und so einen Anreiz für einen höheren Verbrauch schaffen (vgl. Bundesamt für Energie, Stromversorgungsverordnung, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007, S. 15).

- 39 Nach Artikel 18 Absatz 1 StromVV sind die Verteilnetzbetreiber verantwortlich für die Festlegung der Netznutzungstarife; dies gilt entsprechend auch für Kundengruppen (Verfügung der EICom vom 11. November 2011 [Referenz: 952-08-010], Rz. 51).
- 40 Der Tarif „MS - Industrie“ gilt gemäss dem publizierten Tarifblatt der Gesuchsgegnerin „für Industrie- und Dienstleistungsunternehmen in der Grundversorgung mit einem Stromverbrauch ab 100'000 kWh pro Jahr“ (act. I-15, Beilagen 5, 6 und 7). Ein anderes Stromprodukt, und damit eine andere Kundengruppe für Endverbraucher mit Grundversorgung auf Mittelspannungsebene (Netzebene 5) kennt die Gesuchsgegnerin zumindest derzeit nicht (act. I-8, Rz. 27; act. I-15, Rz. 5; act. I-17, Kostenrechnung für Tarife 2011, light, Formular 4.2; act. I-18, Kostenrechnung für Tarife 2012, light, Formular 4.2, Netzebene 5, MS - Industrie).
- 41 Damit knüpft der Tarif „MS - Industrie“ an zwei Kriterien an: Die darin zusammengefassten Endverbraucher sind einerseits auf der Mittelspannungsebene angeschlossen und haben andererseits einen Stromverbrauch von mehr als 100'000 kWh pro Jahr. Insgesamt weist die Gesuchsgegnerin für das Jahr 2011 20 Endverbraucher (act. I-17, Kostenrechnung für Tarife 2011, light, Formular 4.2, Netzebene 5, MS - Industrie), für das Jahr 2012 16 Endverbraucher (act. I-18, Kostenrechnung für Tarife 2012, light, Formular 4.2, Netzebene 5, MS - Industrie) als „Abonnent“ auf Netzebene 5 „MS - Industrie“ auf. Für das Tarifjahr 2011 weist die Gesuchsgegnerin für die 20 betroffenen Endverbraucher einen durchschnittlichen Energieverbrauch (kWh/Abonnement) von rund 2,1 GWh auf (act. I-17). Für das Tarifjahr 2012 beträgt dieser Wert für 16 Endverbraucher rund 2,4 GWh (act. I-18). Beide Durchschnittswerte liegen damit höher als der Verbrauch der Gesuchstellerin. Nicht wer 100'000 kWh auf Netzebene 5 verbraucht gehört zur fraglichen Kundengruppe, sondern wer mehr als 100'000 kWh verbraucht. Die Aussage der Gesuchstellerin, sie verbräuche rund 18 mal mehr, als dem Tarif gemäss „MS - Industrie“ zugrunde liegt (vgl. oben, Rz. 37), ist daher nicht zutreffend. Die von der Gesuchsgegnerin vorgenommene Abgrenzung anhand der Netzebene und eines Mindestverbrauches ist sowohl einfach (Art. 14 Abs. 3 Bst. a StromVG) als auch einheitlich für alle Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mehr als 100'000 kWh pro Jahr, die an der Mittelspannungsebene angeschlossen sind (Art. 14 Abs. 3 Bst. c StromVG).
- 42 Es liegen der EICom keine Hinweise darauf vor, dass die Gesuchstellerin ein spezielles Verbrauchsprofil hätte, welches unter Umständen eine eigene Kundengruppe rechtfertigen könnte (vgl. zur Problematik spezieller Profile aber etwa die Verfügung der EICom vom 9. Dezember 2010 [Referenz 957-08-1699], Rz. 42 im Besonderen – wobei in jenem Fall eine Endverbraucherin mit einem speziell schwierigen Verbrauchsprofil betroffen war).
- 43 Auch aus Artikel 14 Absatz 3 Buchstabe e StromVG ergibt sich kein Anspruch auf einen degressiven Tarif.
- 44 Die Gesuchsgegnerin hat somit eine Kundengruppe für Endverbraucher mit gleichartiger Verbrauchscharakteristik festgelegt, wie dies Artikel 6 Absatz 3 StromVG verlangt.
- 45 Die Gesuchstellerin bringt ausserdem vor, eine Anwendung des Tarifs „MS - Industrie“ auf ihre Situation verstosse gegen das Gleichbehandlungsgebot, welches als Grundsatz für die Verbraucher



mit Grundversorgung gelte (act. I-8, Rz. 29). Die Vorliegerin bringt vor, dass sich für einen «à la carte»-Preis keine Begründung fände und die von der Gesuchstellerin vorgeschlagene Berücksichtigung der Bezugsmenge einem Tarif widersprechen würde (act. I-16, Rz. 6 f.). Der allgemeine Gleichheitssatz stellt darauf ab, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird (HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 752). Da die Gesuchstellerin alle industriellen Endverbraucher sowie Dienstleistungsunternehmen mit Grundversorgung und Anschluss auf Netzebene 5 und einem Verbrauch von mehr als 100'000 kWh pro Jahr mit dem Produkt „MS - Industrie“ beliefert (act. I-17 und I-18) und damit in einer Kundengruppe zusammenfasst, behandelt sie diese Endverbraucher gleich. Zudem ist nach geltendem Stromversorgungsrecht eine Individualisierung des Tarifs für Endverbraucher in der Grundversorgung gerade nicht gewollt (vgl. auch die Verfügung der ECom vom 11. November 2010 [Referenz 952-08-010], Rz. 51).

- 46 Die Gesuchstellerin bringt ausser ihrem Jahresverbrauch keine weiteren Argumente vor, wieso sie nicht der Kundengruppe „MS - Industrie“ angehören soll. Falls im öffentlichen Recht ein Begehren eines Privaten Ausgangspunkt des Verfahrens bildet, gilt eine eingeschränkte Untersuchungspflicht der Behörde. Auch im öffentlichen Recht hat, falls das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Dezember 2010, A-3284/2009, E. 6.4.1). Allgemein kann die Praxis zur Beweislastverteilung im Verwaltungsverfahrensrecht wie folgt zusammengefasst werden: Analog zu Artikel 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) trägt auch im öffentlichen Prozess in der Regel derjenige die Beweislast, der aus der unbewiesenen gebliebenen Tatsache Rechte ableiten kann (RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER: Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 997; Verfügung der ECom vom 18. August 2011 [Referenz 941-10-013], Rz. 40).
- 47 Für die ECom ist zusammenfassend nicht ersichtlich, inwiefern die vorliegende Tarifstruktur mit dem Stromversorgungsrecht im Widerspruch steht und das Gleichbehandlungsgebot verletzt. Für die Jahre 2009, 2010 und 2011 gilt demnach der jeweilige Tarif gemäss dem publizierten Produkt „MS - Industrie“ der Gesuchsgegnerin.

7 Parteientschädigung

- 48 Die Gesuchstellerin (act. I-8, Rechtsbegehren 4) beantragt die Zusprechung einer Entschädigung; der Antrag wird 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 Entschädigungen 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 Entschädigung zugesprochen.

8 Fazit

- 49 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Gesuchstellerin unbestrittenermassen Endverbraucherin in der Grundversorgung ist. Für das Jahr 2008 fehlt es ihr an einem schutzwürdigen Interesse zum Erlass einer Feststellungsverfügung. Für die Jahre 2009, 2010 und 2011 gilt der jeweilige Tarif gemäss dem publizierten Produkt „MS - Industrie“ der Gesuchsgegnerin.



9 Gebühren

- 50 Die ECom 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).
- 51 Die ECom hat die Gesamtkosten nach Aufwand ermittelt. Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebührenansätze in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 180 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken). Dadurch ergibt sich in der Summe eine Gebühr von [...] Franken.
- 52 Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst hat (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]). Die Gesuchstellerin hat die Verfügung verursacht, indem sie trotz Beanspruchung der Grundversorgung die Anwendung des publizierten Tarifes bestritten, beziehungsweise die Schaffung einer anderen Kundengruppe verlangt hat. Überdies hat die Gesuchstellerin für das Jahr 2008 eine Feststellungsverfügung verlangt, obwohl es ihr dafür an einem schützenswerten Interesse fehlt. Die Gebühren werden daher vollumfänglich der Gesuchstellerin angelastet.



III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Auf die Rechtsbegehren 1 und 2 der Gesuchstellerin vom 17. und vom 18. Oktober 2011 wird nicht eingetreten.
2. Für die Jahre 2009, 2010 und 2011 gilt für die Gesuchstellerin der von der Gesuchsgegnerin publizierte Tarif gemäss [...].
3. Die Gebühr für die Behandlung des vorliegenden Gesuches beträgt [...] Franken und wird der Gesuchstellerin angelastet. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
4. Parteientschädigung wird keine zugesprochen.
5. Diese Verfügung wird den Parteien mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 15. Dezember 2011

Eidgenössische Elektrizitätskommission ECom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Geschäftsführer ECom

Versand:



Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- [...]
- [...]

Mitzuteilen an:

- [...]



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.