



Referenz/Aktenzeichen: 922-12-019

Bern, 21. Dezember 2012

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: **Swisscom Immobilien AG**, Alte Tiefenaustrasse 6, 3050 Bern
(Gesuchstellerin)

gegen **Städtische Betriebe Olten**, Solothurnerstrasse 21, 4601 Olten
vertreten durch **Aare Energie AG**, Solothurnerstrasse 21, Postfach, 4601 Olten
(Gesuchsgegnerin)

betreffend **Antrag auf vorsorgliche Verfügung des Netzzugangs per 1.1.2013**



I Sachverhalt

A.

- 1 Zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin bestehen Meinungsverschiedenheiten bezüglich des Anspruchs auf Netzzugang.
- 2 Die Gesuchstellerin wurde für das ehemalige [...] bislang von der Gesuchsgegnerin mit Elektrizität versorgt. Dazu besteht ein Vertrag über die Lieferung elektrischer Energie aus dem Hochspannungsnetz der Stadt Olten, der vom 1. und 5. Dezember 1983 datiert. Dieser Vertrag wurde ursprünglich von der [...] in Vertretung der [...] – der rechtlichen Vorgängerin der Gesuchstellerin – unterzeichnet (Beilage zu act. 1).
- 3 Mit Schreiben vom 24. Oktober 2012 informierte die Gesuchstellerin verschiedene Netzbetreiber, dass die Swisscom Immobilien AG die [...] (nachfolgend: [...]) zur Beantragung des Netzzugangs bevollmächtigt (Beilage zu act. 1).
- 4 Mit Schreiben vom 24. Oktober 2012 stellte die [...] für vier Abnahmestellen der Gesuchstellerin – darunter das [...] an der [...] – bei der Gesuchsgegnerin ein Gesuch auf Netzzugang per 1. Januar 2013 (Beilage zu act. 1).

B.

- 5 Mit Schreiben vom 26. Oktober 2012 gewährte die Aare Energie AG für drei Objekte im Verteilnetz der Gesuchsgegnerin den Netzzugang. Für das Objekt an der [...] verweigerte sie hingegen den Netzzugang mit der Begründung, für dieses Objekt bestehe noch ein nicht gekündigter, gültiger Energieliefervertrag. Der Netzzugang könne für dieses Objekt nach erfolgter, vertragskonformer Kündigung frühestens per 1. Januar 2014 erfolgen (Beilage zu act. 1).

C.

- 6 Mit Eingabe vom 19. Dezember 2012 beantragt die Gesuchstellerin bei der ECom eine vorsorgliche Verfügung des Netzzugangs per 1. Januar 2013 für den folgenden Messpunkt (act. 1, Ziffer 5, Antrag a):

Swisscom Immobilien AG
[...]

Als Netzbetreiber bezeichnete die Gesuchstellerin die Aare Energie AG.

- 7 Ferner verlangt die Gesuchstellerin die definitive Klärung des Sachverhalts zum bestehenden Energieliefervertrag im Kontext der Stromversorgungsgesetzgebung (act. 1, Ziffer 5, Antrag b).
- 8 Auf Einzelheiten des Sachverhalts wird im Rahmen der Erwägungen eingegangen.



II Erwägungen

A.

- 9 Das Verfahren der EICom richtet sich nach dem Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) und nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021; vgl. Art. 1 VwVG).
- 10 Die EICom überwacht die Einhaltung des StromVG, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des StromVG und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind (Art. 22 Abs. 1 StromVG). Insbesondere kann die EICom den Netzzugang vorsorglich verfügen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a StromVG). Vorliegend wird der Antrag auf vorsorgliche Verfügung des Netzzugangs gestellt, weshalb die Zuständigkeit der EICom gegeben ist.
- 11 Das VwVG selbst sieht keine vorsorglichen Massnahmen im erstinstanzlichen Verfahren vor. Rechtsprechung und Lehre anerkennen jedoch, dass in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten unter gewissen Umständen vorsorglicher Rechtsschutz zu gewähren ist (KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, N 333 f.). Die für das VwVG entwickelten Grundsätze sind auf die Anordnung des vorsorglichen Netzzugangs gemäss Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG anwendbar.
- 12 Mit sichernden Massnahmen wird gewährleistet, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Mit gestaltenden Massnahmen wird demgegenüber ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilig neu geregelt. Sie sollen den Sachentscheid umgekehrt jedoch weder präjudizieren noch illusorisch machen (BGE 127 II 132, E. 3). Der vorsorgliche Netzzugang stellt eine gestaltende Massnahme dar.
- 13 Inhalt und Voraussetzungen von vorsorglichen Massnahmen ergeben sich aus dem materiellen Recht, dessen Durchsetzung die vorsorgliche Massnahme sichern soll (KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, N 333 f.).
- 14 Der Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen stützt sich aus Zeitgründen auf den Sachverhalt, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne darüber hinausgehende Erhebungen anzustellen (WALDMANN BERNHARD/BICKEL JÜRIG, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxis-kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Artikel 56, Rz. 66).

B.

- 15 Das vorliegende Gesuch weist je eine Unterschrift im Namen der Swisscom Immobilien AG und der Swisscom (Schweiz) AG auf (act. 1). Gemäss Internet-Auszug aus dem Zentralen Firmenindex ist für beide Gesellschaften Kollektivunterschrift zu zweien vorgesehen. Herr [...], der im Namen der Swisscom (Schweiz) AG unterzeichnet hat, ist im Handelsregister nicht eingetragen. Gemäss der aufgrund einer summarischen Prüfung rechtsgenüchlich ausgestellten Gattungsvollmacht vom 28. Februar 2012 (act. 2) ist Herr [...] zur Vertretung der Swisscom Immobilien AG mit Kollektivunterschrift zu zweien bevollmächtigt. Nur für die Swisscom Immobilien AG liegt somit eine rechtsgenüchliche Vertretung vor, weshalb vorliegend nur sie Parteistellung hat.



- 16 Die Städtischen Betriebe Olten (sbo) besitzen eine besondere Rechtspersönlichkeit nach kantonalem solothurnischem Recht und sind Netzbetreiber im Versorgungsgebiet der Gesuchstellerin. Sie sind deshalb Verfügungsadressat der vorliegenden Verfügung. Die Aare Energie AG nimmt die operative Führung für die sbo wahr (vgl. <http://www.aen.ch/de/ueber-aen.html>, letztmals besucht am 21. Dezember 2012). Sie hat denn auch im Namen der sbo das Antwortschreiben vom 26. Oktober 2012 verfasst, obwohl das Gesuch um Netzzugang vom 24. Oktober 2012 direkt an die sbo gerichtet wurde. Aus diesem Umstand kann mindestens in Bezug auf die Frage der Gewährung des Netzzugangs auf ein Vertretungsverhältnis zwischen der sbo und der Aare Energie AG geschlossen werden.

C.

- 17 Aus dem Schreiben der Aare Energie AG vom 26. Dezember 2012 ergibt sich, dass die Gesuchsgegnerin für die in Randziffer 6 aufgeführte Messstelle keinen Netzzugang per 1. Januar 2013 gewährt (Beilage zu act. 1).
- 18 Zweck des Stromversorgungsgesetzes ist es unter anderem, die Voraussetzungen für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu schaffen (Art. 1 Abs. 1 StromVG). Das Stromversorgungsgesetz sieht daher vor, dass die EICom den Netzzugang vorsorglich verfügen kann, um zu verhindern, dass der Netzzugang durch lange Verfahren und die Ausschöpfung sämtlicher Rechtsmittel auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben werden kann (Art. 22 Abs. 2 Bst. a StromVG; Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1611 ff., 1661). Die Verweigerung des Netzzuganges durch die Gesuchsgegnerin kann zudem für die Gesuchstellerin mit finanziellen Einbussen verbunden sein. Die Verweigerung des Netzzugangs stellt somit einen nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil dar, sofern ein entsprechender Anspruch gestützt auf eine summarische Prüfung zu bejahen ist.
- 19 Der Anspruch auf Netzzugang ist jeweils per 1. Januar des dem Gesuch auf Netzzugang folgenden Jahres umzusetzen (Art. 11 Abs. 2 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 [StromVV; SR 734.71]). Die Gesuchstellerin verlangt zwar nicht explizit eine superprovisorische Massnahme. Damit der Netzzugang noch vor dem 1. Januar 2013 umgesetzt werden kann, wird das vorliegende Gesuch superprovisorisch behandelt. Aus demselben Grund ist die zeitliche Dringlichkeit gegeben.
- 20 Die Gesuchstellerin weiss bereits seit Ende Oktober 2012, dass die Gesuchsgegnerin den Netzzugang verweigert. Mutmasslich haben die Parteien anschliessend versucht, das Problem einvernehmlich zu lösen. Das Gesuch um vorsorglichen Netzzugang wurde jedenfalls erst am 19. Dezember 2012 gestellt. Die zeitliche Dringlichkeit ist daher gegeben. Die EICom weist jedoch darauf hin, dass das StromVG im Zusammenhang mit dem Netzzugang von eher kurzen Fristen ausgeht. Beispielsweise muss gemäss Artikel 13 Absatz 2 StromVG der Netzbetreiber dem Endverbraucher innert zehn Arbeitstagen die Verweigerung des Netzzuganges mitteilen. Damit kann sich der Endverbraucher, der um Netzzugang ersucht, frühzeitig gegen eine unberechtigte Verweigerung zur Wehr setzen. Er darf aber im Gegenzug nicht ungebührlich lange mit der Geltendmachung seiner Rechte zuwarten. Dementsprechend hätten Endverbraucher auch zu einem früheren Zeitpunkt an die EICom zu gelangen, wenn sie den Netzzugang vorsorglich sicherstellen wollen. Die EICom behält sich daher vor, erst kurz vor Jahresende eingereichte Gesuche in Zukunft anders zu beurteilen.



- 21 Der vorsorgliche Rechtsschutz kann gewährt werden, wenn die Abwägung der entgegenstehenden Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint (BGE 127 II 132 E.3).
- 22 Es ist davon auszugehen, dass nicht nur die Gesuchstellerin, sondern auch die Gesuchsgegnerin bereits die Elektrizität für das Jahr 2013 eingekauft hat. Sowohl auf Seiten der Gesuchstellerin als auch auf Seiten der Gesuchsgegnerin ist der mögliche Nachteil bei Anordnung bzw. Verweigerung des vorliegend beantragten Netzzugangs finanzieller Natur. Auf keiner Seite jedoch sind die finanziellen Auswirkungen derart ausgeprägt, dass sich die Gewährung des Netzzugangs klar bejahen bzw. verneinen lässt. Es ist jedoch nicht ersichtlich, warum die Gesuchstellerin für die Dauer des Verfahrens einstweilen die finanziellen Nachteile tragen sollte, falls eine summarische Prüfung ergibt, dass der Netzzugang hätte gewährt werden sollen (sog. Hauptsachenprognose).
- 23 Die Hauptsachenprognose kann insbesondere dann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist. Bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil diesfalls die entsprechenden Entscheidungsgrundlagen erst im Hauptverfahren ermittelt bzw. festgelegt werden (BGE 127 II 132 E.3).
- 24 Anspruch auf Netzzugang haben Endverbraucher, mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh, die nicht bereits gestützt auf einen schriftlichen, individuell ausgehandelten Liefervertrag Elektrizität beziehen. Die Endverbraucher haben ihrem Netzbetreiber jeweils bis zum 31. Oktober mitzuteilen, dass sie von ihrem Anspruch auf Netzzugang ab 1. Januar des folgenden Jahres Gebrauch machen (Art. 11 Abs. 2 StromVV).
- 25 Den der EICom vorliegenden Unterlagen lässt sich entnehmen, dass die Gesuchstellerin ihr Gesuch betreffend Netzzugang über die [...] rechtzeitig bei der Gesuchsgegnerin eingereicht hat (Beilage zu act. 1). Das Antwortschreiben der Gesuchsgegnerin datiert vom 26. Oktober 2012. Dieser Umstand beweist, dass das Gesuch um Netzzugang vor Ablauf der gesetzlichen Frist gestellt wurde.
- 26 Dass der Eigenverbrauch der Gesuchstellerin jährlich unter 100 MWh liegt, wird von der Gesuchsgegnerin in ihrem Schreiben vom 26. Oktober 2012 nicht geltend gemacht. Als Grund für die Verweigerung des Netzzugangs wird einzig der Energieliefervertrag aus dem Jahre 1983 angeführt (Beilage zu act. 1). Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass für die Gesuchstellerin der Eigenverbrauch jährlich mindestens 100 MWh beträgt.
- 27 Anhaltspunkte, dass es sich bei der Messstelle [...] nicht um eine wirtschaftliche Einheit handelt, sind ebenfalls keine vorhanden. Gegenteiliges macht die Gesuchsgegnerin in ihrem Schreiben vom 26. Oktober 2012 jedenfalls nicht geltend.
- 28 Es bleibt zu prüfen, ob der Energieliefervertrag aus dem dem 1983 einem Netzzugang entgegensteht. Artikel 30 Absatz 1 StromVV sieht vor, dass Bestimmungen von bestehenden Verträgen, die gegen die Vorschriften über den Netzzugang verstossen, ungültig sind. Diese Bestimmung war als Artikel 26 Absatz 1 in ähnlicher Form bereits im Vernehmlassungsentwurf zur StromVV vom 27. Juni 2007 enthalten. Der erläuternde Bericht führt dazu aus, dass Verträge oder einzelne Vertragsbestimmungen, die den Regeln über den Netzzugang oder das Netznutzungsentgelt widersprechen, das StromVG unterlaufen würden und daher ihre Gültigkeit verlieren (Bundesamt für Energie, Stromversorgungsverordnung, erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007 [nachfolgend: Erläuternder Bericht StromVV], S. 20; <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2007.html#UVEK>). Eine vertragliche Kündigungsfrist von ei-



nem Jahr verstösst gegen die Regeln über den Netzzugang, insbesondere gegen die Vorschrift in Artikel 11 Absatz 2 StromVV, wonach die Endverbraucher ihrem Netzbetreiber jeweils bis zum 31. Oktober mitteilen können, dass sie von ihrem Anspruch auf Netzzugang ab 1. Januar des folgenden Jahres Gebrauch machen. Diese vertragliche Kündigungsfrist ist folglich gestützt auf eine summarische Prüfung ungültig. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich um einen Vertrag handelt, der lange vor Inkrafttreten des StromVG abgeschlossen wurde. Rechtshandlungen, die unter altem Recht vorgenommen wurden und Jahre zurück liegen, dürfen grundsätzlich nur mit Rechtswirkungen verbunden werden, mit denen die Betroffenen damals auch rechnen mussten und konnten, zumal damals das rechtliche Umfeld ein anderes war (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 6. Juli 2011 im Verfahren 2C_739/2010, Erwägung 4.6).

- 29 Die Netzbetreiber müssen gestützt auf Artikel 10 StromVV in Verbindung mit Artikel 12 StromVG die Tarife für das Folgejahr jeweils bis zum 31. August veröffentlichen. Der Netzzugang muss bis spätestens am 31. Oktober – d.h. nach Kenntnis der Tarife für das Folgejahr – beantragt werden. Eine andere Beurteilung des Verhältnisses zwischen Vertrag und den Vorgaben der Stromversorgungsgesetzgebung hätte zur Folge, dass die Gesuchstellerin den Netzzugang beantragen (und somit den Energieliefervertrag kündigen) müsste, ohne die Tarife der Gesuchsgegnerin in der Grundversorgung für das auf den Kündigungstermin folgende Jahr zu kennen. Eine solche Auslegung widerspricht dem in der Stromversorgungsgesetzgebung vorgesehenen Wechselprozess (vgl. zum Wechselprozess auch Erläuternder Bericht StromVV, S. 11).
- 30 Aufgrund der gestützt auf eine summarische Prüfung positiven Hauptsachenprognose ist das Interesse der Gesuchstellerin auf Netzzugang per 1. Januar 2013 schwerer zu gewichten, als das Interesse der Gesuchsgegnerin, die Gesuchstellerin weiterhin mit Grundversorgungsenergie beliefern zu dürfen. Der Netzzugang kann deshalb superprovisorisch verfügt werden.

D.

- 31 Die Beschwerde gegen eine Verfügung hat grundsätzlich von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz kann jedoch einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen, wenn die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Vorliegend ist der Netzzugang und somit keine Geldleistung Gegenstand der Verfügung.
- 32 Darüber hinaus müssen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung im konkreten Fall überzeugende Gründe vorliegen, welche die sofortige Wirksamkeit der Verfügung rechtfertigen. Solche Gründe können sich aus öffentlichen oder privaten Interessen ergeben (Regina Kiener, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 55 N 15). Die Gesuchstellerinnen haben ein Interesse daran, dass sie per 1. Januar 2013 Netzzugang erhalten und nicht erst nach der Durchführung eines langen (Rechtsmittel-)Verfahrens. Einer allfälligen Beschwerde wird daher die aufschiebende Wirkung entzogen.



III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Die Städtischen Betriebe Olten werden superprovisorisch angewiesen, der Swisscom Immobilien AG für die Messstelle [...] ab dem 1. Januar 2013 Netzzugang zu gewähren.
2. Einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
3. Die Städtischen Betriebe Olten erhalten Gelegenheit, bis am 21. Januar 2013 zum Gesuch der Swisscom Immobilien AG Stellung zu nehmen.
4. Die Gebühren für die vorliegende Verfügung werden in der Hauptsache verlegt.
5. Die vorliegende Verfügung wird den Parteien mit eingeschriebenem Brief eröffnet.



Bern, 21. Dezember 2012

Eidgenössische Elektrizitätskommission ECom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Geschäftsführer ECom

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- Swisscom Immobilien AG, Alte Tiefenastrasse 6, 3050 Bern
- Städtische Betriebe Olten, Solothurnerstrasse 21, 4601 Olten

Zur Information:

- Aare Energie AG, Solothurnerstrasse 21, Postfach, 4601 Olten



IV Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, 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.