



Referenz/Aktenzeichen: 223-00005

Bern, 19. Oktober 2022

---

---

# VERFÜGUNG

## der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

Zusammensetzung: Werner Luginbühl (Präsident), Laurianne Altwegg (Vizepräsidentin), Andreas Stöckli

in Sachen: [...] (Gesuchstellerin)

gegen: [...] (Gesuchsgegnerin 1)

[...] (Gesuchsgegnerin 2)

[...] (Gesuchsgegnerin 3)

betreffend Bildung eines ZEV zur «Rückkehr» in die Grundversorgung / Ersatzversorgung / Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme

## Inhaltsverzeichnis

<b>I</b>	<b>Sachverhalt</b> .....	<b>3</b>
<b>II</b>	<b>Erwägungen</b> .....	<b>5</b>
	1 Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme .....	5
	2 Zuständigkeit .....	5
	3 Zusammensetzung der ECom .....	7
	4 Verfahren in der Hauptsache .....	8
	5 Gebühren .....	8
<b>III</b>	<b>Entscheid</b> .....	<b>9</b>
<b>IV</b>	<b>Rechtsmittelbelehrung</b> .....	<b>10</b>

# I Sachverhalt

1 Die [...] (nachfolgend Gesuchsgegnerin 1) plant zusammen mit der [...] (nachfolgend Gesuchsgegnerin 2) und der [...] (nachfolgend Gesuchsgegnerin 3) per 1. Januar 2023 einen Zusammenschluss zum Eigenverbrauch (nachfolgend ZEV) im Sinne von Artikel 17 f. des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0) zu gründen (act. 1 Rz. 42, Beilage 6). Die Gesuchsgegnerinnen 1–3 stellten bei den [...] (nachfolgend: Gesuchstellerin) entsprechend einen am 21. September 2022 unterzeichneten «Antrag Zusammenschluss Eigenverbrauch».

2 Mit Eingabe vom 11. Oktober 2022 reichte die Gesuchstellerin bei der Eidgenössischen Elektrizitätskommission (nachfolgend ElCom) ein Gesuch um Feststellungsverfügung ein (act. 1). Darin stellt die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

3 «1.

*1.1 Es sei festzustellen, dass der von den Gesuchsgegnerinnen mit Schreiben vom 21. September 2022 beantragte Zusammenschluss zum Eigenverbrauch die gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 17 Energiegesetz nicht erfüllt, und der Zusammenschluss zum Eigenverbrauch darum nicht zu einem einzigen neuen Endverbraucher im Sinne des Bundesgesetzes über die Stromversorgung und der Stromversorgungsverordnung führt.*

*1.2 Eventualiter sei festzustellen, dass der von den Gesuchsgegnerinnen mit Schreiben vom 21. September 2022 beantragte Zusammenschluss zum Eigenverbrauch rechtsmissbräuchlich erfolgt und der Zusammenschluss zum Eigenverbrauch darum nicht zu einem einzigen neuen Endverbraucher im Sinne des Bundesgesetzes über die Stromversorgung und der Stromversorgungsverordnung führt.*

*2. Es sei festzustellen, dass, wenn die Gesuchsgegnerin 2 der Gesuchstellerin keinen gültigen Stromliefervertrag ab dem 1. Januar 2023 vorweist, die Gesuchsgegnerin 2 von der Gesuchstellerin gemäss deren privatvertraglichen Konditionen der «Ersatzversorgung von freien Endverbrauchern 2023, Gültig ab 1. Januar 2023» ersatzversorgt wird, sofern sie dazu ihre privatvertraglichen Pflichten erfüllt.*

*3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Gesuchsgegnerinnen.*

## Verfahrensrechtlich

4.

*4.1 Vorsorglich: Es sei festzustellen, dass die Ersatzversorgung der Gesuchsgegnerin 2 inklusive deren Tochtergesellschaft, der Gesuchsgegnerin 3, von der Erfüllung einer Vorschussleistung durch die Gesuchsgegnerin 2 abhängig gemacht werden darf. Entsprechend sei die Gesuchsgegnerin 2 zu verpflichten, für die Dauer des Verfahrens und als Bedingung für die Ersatzversorgung durch die Gesuchstellerin eine Vorauszahlung für die von der Gesuchstellerin ab dem 1. Januar 2023 zu erbringende Ersatzversorgung zu leisten. Bis spätestens am 30. November 2022 (Valuta Zahlungseingang) sei die erste Vorauszahlung zu leisten, welche den erwarteten Energieverbrauch der Gesuchsgegnerin 2 und der Gesuchsgegnerin 3 im ersten Halbjahr 2023 abdecken muss und deren Höhe sich am Spotpreis vom 30. Oktober 2022 orientiert.*

*4.2 Die Anordnung der vorsorglichen Massnahme sei aufgrund erheblicher zeitlicher Dringlichkeit ohne Anhörung der Gegenpartei zu verfügen.*

*4.3 Einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung über die Anordnung der vorsorglichen Massnahme sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.»*

- 4 Auf Einzelheiten des Sachverhalts und des Gesuchs der Gesuchstellerin wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

## II Erwägungen

### 1 Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme

- 5 Vorliegend beantragt die Gesuchstellerin die Anordnung vorsorglicher Massnahmen, nämlich, es sei festzustellen, dass die Ersatzversorgung der Gesuchsgegnerin 2 inklusive deren Tochtergesellschaft, der Gesuchsgegnerin 3, von der Erfüllung einer Vorschussleistung durch die Gesuchsgegnerin 2 abhängig gemacht werden darf. Entsprechend sei die Gesuchsgegnerin 2 zu verpflichten, für die Dauer des Verfahrens und als Bedingung für die Ersatzversorgung durch die Gesuchstellerin eine Vorauszahlung für die von der Gesuchstellerin ab dem 1. Januar 2023 zu erbringende Ersatzversorgung zu leisten. Die Anordnung der vorsorglichen Massnahme sei aufgrund erheblicher zeitlicher Dringlichkeit ohne Anhörung der Gegenpartei zu verfügen. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung über die Anordnung der vorsorglichen Massnahme sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen (act. 1).
- 6 Das Verfahren vor der EICom richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021; Art. 11 des Geschäftsreglements der Elektrizitätskommission vom 12. September 2007; SR 734.74).
- 7 Das VwVG sieht zwar keine vorsorglichen Massnahmen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren vor. Rechtsprechung und Lehre anerkennen jedoch, dass im verwaltungsrechtlichen Verfügungsverfahren unter gewissen Umständen vorsorglicher Rechtsschutz zu gewähren ist. In diesen Fällen wird Artikel 56 VwVG, wonach die Beschwerdeinstanz von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei andere vorsorgliche Massnahmen (als die aufschiebende Wirkung) treffen kann, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen, analog angewendet (Verfügung der EICom 25-00063 vom 9. September 2015 Rz 28; SEILER HANSJÖRG, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016; Art. 56 N 16 mit Hinweisen; KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich 2013, N 562 f.). Überdies ist in Artikel 12 Absatz 1 GR EICom vorgesehen, dass der Präsidenten bzw. die Präsidentin oder der Vizepräsident bzw. die Vizepräsidentin der EICom zusammen mit einem anderen Mitglied der EICom vorsorgliche Verfügungen erlassen kann.
- 8 In der vorliegenden Verfügung geht es sodann einzig um die Beurteilung des 4. Antrages des Gesuchs der Gesuchstellerin vom 11. Oktober 2022, nämlich die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme (vgl. Rz. 4). Die Beurteilung der Anträge 1-3 werden Gegenstand des Verfahrens in der Hauptsache sein (vgl. Rz. 23).

### 2 Zuständigkeit

- 9 Gemäss Artikel 22 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) überwacht die EICom die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Die EICom ist insbesondere zuständig für den Entscheid im Streitfall über den Netzzugang sowie die Überprüfung der Netznutzungstarife und -entgelte und die Elektrizitätstarife im Streitfall oder von Amtes wegen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a und b StromVG).

- 10 Im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach StromVG kommt der ECom eine umfassende Kompetenz zu (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3343/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 1.1.2.2). Sie ist daher grundsätzlich überall dort zuständig, wo die Entscheid- und Verfügungskompetenz nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2850/2014 vom 28. Mai 2015 E. 5.3). Ist dabei eine Frage aus einem anderen Rechtsgebiet zu beurteilen, die Auswirkungen auf den nach StromVG zu beurteilenden Sachverhalt hat, so darf die ECom vorfrageweise darüber befinden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6689/2012 vom 18. Februar 2014 E. 1.1.2; E. 8.5).
- 11 Vorliegend beantragt die Gesuchstellerin, es sei festzustellen, dass die Ersatzversorgung der Gesuchsgegnerin 2 inklusive deren Tochtergesellschaft, der Gesuchsgegnerin 3, von der Erfüllung einer Vorschussleistung durch die Gesuchsgegnerin 2 abhängig gemacht werden dürfe. Entsprechend sei die Gesuchsgegnerin 2 zu verpflichten, für die Dauer des Verfahrens und als Bedingung für die Ersatzversorgung durch die Gesuchstellerin eine Vorauszahlung für die von der Gesuchstellerin ab dem 1. Januar 2023 zu erbringende Ersatzversorgung zu leisten.
- 12 Macht ein Endverbraucher von seinem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch, entfällt die Lieferpflicht des Verteilnetzbetreibers endgültig (vgl. Art. 11 Abs. 2 letzter Satz StromVV). Wer sich einmal für den Netzzugang entschieden hat, befindet sich im freien Markt und kann nicht mehr zurück in die Grundversorgung wechseln (Urteil des Bundesgerichts 2C\_739/2010 vom 6. Juli 2011 E. 4.5). Die «Ersatzversorgung» kommt nach allgemeiner Auffassung dann zur Anwendung, wenn ein Endverbraucher, der von seinem Anspruch auf Netzzugang nach Artikel 11 Absatz 2 StromVV Gebrauch gemacht hat und sich daher auf dem freien Markt befindet, über keinen gültigen Vertrag mit einem Stromlieferanten verfügt und somit physisch von seinem lokalen Netzbetreiber mit Elektrizität versorgt wird (vgl. auch act. 1 Rz 62).
- 13 Die Ersatzversorgung ist in der bundesrechtlichen Stromversorgungsgesetzgebung nicht geregelt. Gesetzlich reguliert ist einzig die Lieferpflicht und die Tarifgestaltung für Endverbraucher in der Grundversorgung (Art. 6 StromVG). Die Preise für die Energielieferung im Netzzugangsmodell, bei welchem die Endverbraucher freie Wahl des Lieferanten haben, werden jedoch zivilrechtlich bzw. vertraglich festgelegt und sind einer staatlichen Beeinflussung entzogen (Urteil des Bundesgerichts 2C\_518/2012 vom 23. November 2012 E. 2.2). Da sich ein ersatzversorgter Endverbraucher immer noch im freien Markt befindet, gilt dies auch für die Preise resp. die Vertragsausgestaltung in der Ersatzversorgung.
- 14 Nach Auffassung der Gesuchstellerin ist die ECom für die Beantwortung der Fragen, ob und wie ein freier Marktkunde vom Verteilnetzbetreiber mit Strom zu beliefern ist, wenn er keinen Vertrag mit einem Lieferanten abschliesst, zuständig. Dabei handle es sich ebenfalls um stromversorgungsrechtliche Fragen, die von der ECom als Überwacherin des StromVG zu beantworten seien. Indem sie zu den Modalitäten der Ersatzversorgung in der Mitteilung der ECom vom 7. Dezember 2021 ausführlich Stellung genommen habe, habe sie ihre Zuständigkeit implizit anerkannt (act. 1 Rz 7).

- 15 Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Bei der von der Gesuchstellerin erwähnten Mitteilung der ECom vom 7. Dezember 2021 handelt es sich um die Mitteilung des Fachsekretariates der ECom vom 7. Dezember 2021 «Steigende Elektrizitätspreise: Fragen und Antworten zur unterjährigen Anpassung der Elektrizitätstarife, zur Ersatzversorgung und zur Rückliefervergütung», die zuletzt am 20. September 2022 aktualisiert wurde. In dieser Mitteilung wird eben gerade darauf hingewiesen, dass die Ersatzversorgung (zurzeit) im StromVG *nicht* geregelt ist. Des Weiteren empfiehlt das Fachsekretariat der ECom darin den Endverbrauchern, welche in den Markt gewechselt haben und somit nicht mehr in der Grundversorgung beliefert werden, für den Fall, dass sie keinen Elektrizitätslieferanten (mehr) haben, die Ersatzversorgung (namentlich Beginn, Preis und Ende) mit dem lokalen Verteilnetzbetreiber *vertraglich* zu regeln (vgl. Frage 7 der Mitteilung). Zu der Zuständigkeit hält das Fachsekretariat der ECom fest, dass die ECom nicht zuständig ist, die Höhe der Elektrizitätspreise in der Ersatzversorgung zu überprüfen. Einzig die Überprüfung der korrekten Anwendung der Durchschnittspreismethode sowie der korrekten Berechnung der Deckungsdifferenzen in der Grundversorgung würden in die Zuständigkeit der ECom fallen.
- 16 Die Gesuchstellerin stellt sich selbst auf den Standpunkt, dass, wenn ein Endverbraucher «ersatzversorgt» wird, privatrechtliche Rechtsbeziehungen zwischen diesem und dem lokalen Netzbetreiber, der ihn mit Strom versorgt, bestehen (act, 1 Rz. 67).
- 17 Die Gesuchstellerin macht ebenfalls geltend, dass die «AGB Energie» der Gesuchstellerin (act. 1, Beilage 16) neben der Möglichkeit einer Vorschusspflicht der Gesuchstellerin auch die Möglichkeit einräumen, im Rahmen des voraussichtlichen Energiebezugs Akonto- und Teilrechnungen zu stellen und einzufordern (Ziffer 7.1 «AGB Energie» der Gesuchstellerin). Das Preisblatt Ersatzversorgung 2023 (act. 1 Beilage 15) verweise nicht nur explizit auf diese «AGB Energie», sondern halte darüber hinaus in Ziffer 6 fest, dass für die Ersatzversorgung halbjährliche Vorschüsse zu leisten seien. Die Gesuchstellerin sei folglich verpflichtet, Vorschüsse einzufordern. Mit diesen Vorbringen macht die Gesuchstellerin wiederum selbst deutlich, dass nicht nur die Elektrizitätspreise sondern auch die restliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Endverbraucher im freien Markt und Netzbetreiber (auch) in der Ersatzversorgung rein vertraglicher Natur ist.
- 18 Die Gesuchstellerin bringt vor, dass die ECom auch zivilrechtliche Fragen – soweit sie Auswirkungen auf die Anwendung des StromVG haben – vorfrageweise prüfen kann (act. 1 Rz. 3; vgl. dazu auch Rz. 9). Die Frage, ob die Gesuchsgegnerin 2 für die allenfalls von ihr und der Gesuchsgegnerin 3 zu einem späteren Zeitpunkt in Anspruch genommene Ersatzversorgung eine Vorauszahlung zu leisten hat oder nicht, muss im Hinblick auf die Hauptfrage, nämlich die Zulässigkeit des geplanten ZEV und, falls diese bejaht würde, die stromversorgungsrechtlichen Folgen davon, nicht vorfrageweise beurteilt werden.
- 19 Somit ist die ECom trotz umfassender Kompetenz im Bereich der Stromversorgung für den Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahme nicht zuständig. Auf das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme ist damit mangels Zuständigkeit nicht einzutreten.

### **3 Zusammensetzung der ECom**

- 20 Gemäss Artikel 12 Absatz 1 des Geschäftsreglements der Elektrizitätskommission werden dringliche und vorsorgliche Massnahmen vom Präsidenten bzw. der Präsidentin oder vom Vizepräsidenten bzw. von der Vizepräsidentin zusammen mit einem anderen Mitglied der ECom erlassen. Die vorliegende Verfügung wird vom Präsidenten der ECom zusammen mit der Vizepräsidentin und einem weiteren Mitglied der ECom erlassen, womit die Voraussetzungen gemäss Artikel 12 Absatz 1 des Geschäftsreglements der Elektrizitätskommission eingehalten sind.

## 4 Verfahren in der Hauptsache

- 21 Das Fachsekretariat der ECom hat nach Eingang des Gesuchs der Gesuchstellerin vom 11. Oktober 2022 ein Verfahren nach VwVG eröffnet. Den Gesuchsgegnerinnen wird vorliegend die Gelegenheit gegeben, bis am 4. November 2022 zum Gesuch der Gesuchstellerin vom 11. Oktober 2022 Stellung zu nehmen. Innert gleicher Frist haben die Gesuchsgegnerinnen alle für die Beurteilung sachdienlichen Unterlagen einzureichen (vgl. Art. 17 EnG i.V.m. Art. 14 f. der Energieverordnung vom 1. November 2017 [EnV; SR 730.01], wie bspw. Pläne der vom geplanten ZEV betroffenen Grundstücke, Prinzipschemen mit Aufführung der Verbrauchsstätten, der Zähler, der Produktionsanlage(n) usw., aus welchen ebenfalls die Grenzen der Hausinstallation zum Verteilnetz ersichtlich sind, sowie Angaben zur Anschlussleistung des ZEV (HAK Sicherung) und der Produktionsleistung der Anlage (Gleichstrom-Spitzenleistung des Solarstromgenerators).
- 22 Geschäftsgeheimnisse für alle Eingaben im Rahmen des Verfahrens sind jeweils im Voraus zu bezeichnen. Enthält eine Eingabe Geschäftsgeheimnisse, ist jeweils zusätzlich eine separate Version einzureichen, in welcher diese abgedeckt sind. Die Eingabe muss in solchen Fällen zudem eine Begründung enthalten, wieso es sich bei den abgedeckten Stellen um Geschäftsgeheimnisse handelt.
- 23 Gegenstand des Verfahrens in der Hauptsache wird sodann die Beurteilung der Anträge 1–3 der Gesuchstellerin gemäss Gesuch vom 11. Oktober 2022 sein.

## 5 Gebühren

- 24 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).
- 25 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]). Haben mehrere Parteien den Erlass einer Verfügung veranlasst, werden die dadurch entstandenen Gebühren nach dem Unterliegerprinzip auferlegt. Dies entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der für zahlreiche kostenpflichtige staatliche Verfahren üblich ist (siehe KÖLZ/ HÄNER/ BERTSCHI, Rz. 653; BGE 132 II 47 E. 3.3). Die Gebühren werden mit dem Entscheid in der Hauptsache auferlegt.



### III Entscheid

#### Gestützt auf diesen Erwägungen wird verfügt:

1. Auf das Gesuch der [...] um Anordnung der vorsorglichen Massnahme wird mangels Zuständigkeit nicht eingetreten.
2. Die [...] und die [...] erhalten die Gelegenheit, bis zum 4. November 2022 zum Gesuch der [...] vom 11. Oktober 2022 Stellung zu nehmen und alle für die Beurteilung sachdienlichen Unterlagen einzureichen.
3. Die Gebühren für diese Verfügung werden in der Hauptsache auferlegt.
4. Die Verfügung wird den [...] sowie der [...], der [...] und der [...] mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 19. Oktober 2022

#### Eidgenössische Elektrizitätskommission ECom

Werner Luginbühl  
Präsident

Urs Meister  
Geschäftsführer

Versand:

#### Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

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

## IV Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung unter den nachstehenden Voraussetzungen Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, einzureichen (Art. 50 VwVG, Art. 23 StromVG).

Nach Artikel 22a Absatz 2 VwVG gibt es keinen Stillstand der Fristen in Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen.

Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren ist die Beschwerde zulässig (Art. 45 Abs. 1 VwVG). Gegen andere selbständig eröffnete Zwischenverfügungen ist die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 VwVG).

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 (Art. 52 Abs. 1 VwVG).