



Referenz/Aktenzeichen: 925-10-006

Bern, 10. Juni 2010

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

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

in Sachen: [...] (Gesuchstellerinnen)

und swissgrid AG, Werkstrasse 12, 5080 Laufenburg,

(Gesuchsgegnerin)

betreffend Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen; Notkonzept zur Beschaffung von Systemdienstleistungen (SDL)



I Sachverhalt

A.

- 1 [...] Über ihre Konzernstrukturen sind die Gesuchstellerinnen sowohl Produzentinnen, Netzeigentümerinnen und -betreiberinnen wie auch Energieversorgerinnen. Sie sind zusammen als Aktionärinnen [...] an swissgrid (Gesuchsgegnerin) beteiligt (act. 1 Rz. 24; act. 1 Beilage 4; www.swissgrid.ch > Unternehmen > Organisation > Besitzverhältnisse).
- 2 Die nationale Netzgesellschaft swissgrid AG (swissgrid; Gesuchsgegnerin) ist gemäss Artikel 18 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) Betreiberin des schweizerischen Übertragungsnetzes (Netzebene 1). Dieses Netz dient der Übertragung von Elektrizität über grössere Distanzen im Inland sowie dem Verbund mit den ausländischen Netzen. Es wird in der Regel auf der Spannungsebene 220/380 kV betrieben (Art. 4 Abs. 1 Bst. h StromVG). Aktionäre der Verfügungsadressatin sind die acht Schweizer Verbundunternehmen. Es handelt sich um Alpiq, Axpo, BKW, CKW, EGL, EOS, ewz und Repower (vgl. www.swissgrid.ch > Unternehmen > Organisation > Besitzverhältnisse). Diese sind gleichzeitig Eigentümer grosser Anteile des Übertragungsnetzes. Die Gesuchsgegnerin ist für den zuverlässigen Betrieb des Übertragungsnetzes zur Wahrung der Versorgungssicherheit zuständig (Art. 20 Abs. 1 StromVG). Sie stellt dazu u.a. die Systemdienstleistungen, einschliesslich Bereitstellung von Regelernergie, sicher. Die zu diesem Zweck benötigten Kraftwerkskapazitäten sind nach transparenten, diskriminierungsfreien und marktorientierten Verfahren zu beschaffen (Art. 20 Abs. 2 Bst. b StromVG, Art. 22 Abs. 1 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 [StromVV; SR 734.71]). Die Gesuchsgegnerin führt zur Beschaffung von Regelernergie daher Ausschreibungen durch. Teilnahmeberechtigt sind Systemdienstleistungserbringer (SDV) als Anbieter, sofern sie nachweisen, dass sie die technisch-organisatorischen Anforderungen für die Vorhaltung der jeweiligen Regelleistung erfüllen (sog. Präqualifikation). Die allgemeinen Vereinbarungen für die Beschaffung von Regelleistung werden in Rahmenverträgen (SDL-Rahmenverträge) zwischen swissgrid und dem jeweiligen SDV festgelegt (act. 1 Rz. 28; act. 1 Beilagen 5 bis 10, je Präambel, Ziff. 1 und Ziff. 2.2).
- 3 Die Gesuchstellerinnen unterzeichneten am 11. November 2008 bzw. 14. November 2008 je die SDL-Rahmenverträge für das Jahr 2009 zur Lieferung von Primärregelleistung, Sekundärregelleistung sowie Tertiärregelleistung. In diesen Verträgen wurde u.a. festgelegt, wie seitens der Gesuchsgegnerin bei nicht ausreichender Regelleistung (fehlende Angebote in der Ausschreibung oder Kraftwerksausfälle) vorgegangen wird. Vorgesehen war eine Kaskade, gemäss welcher an erster Stelle eine zweite Ausschreibung zu erfolgen hat. Falls mit einer zweiten Ausschreibung nicht genügend Regelleistung hätte beschafft werden können oder die Zeit für eine zweite Ausschreibung zu knapp gewesen wäre, hätte die benötigte Regelleistung auf bilateralem Weg beschafft werden sollen. Hätte auch auf dem bilateralen Weg nicht genügend Regelleistung beschafft werden können, um den Bedarf zu decken, hätte swissgrid die fehlende Regelleistung gemäss einem separaten Notkonzept ausserhalb des Rahmenvertrages beschafft (act. 1 Rz. 28 ff., Beilagen 5 bis 10, je Ziff. 5).
- 4 Das Notkonzept, auf welches in Ziffer 5 der Rahmenverträge für das Jahr 2009 wie auch für das Jahr 2010 verwiesen wird, regelt das Vorgehen, falls im ordentlichen Ausschreibungsverfahren gemäss SDL-Rahmenverträge nicht genügend Regelleistung beschafft werden kann. In der Version 3.0 von 2009 sah es vor, dass nach erfolgloser zweiter Ausschreibung und Be-



schaffung auf bilateralen Weg die Kraftwerksbetreiber bzw. SDV zur Vorhaltung und Lieferung von Regelleistung zwangsverpflichtet worden wären (act. 1 Beilage 11 Ziff. 4).

- 5 Für das Jahr 2010 haben die Gesuchstellerinnen am 30. November 2009 bzw. 4. Dezember 2009 neue Rahmenverträge unterzeichnet. Es handelt sich dabei um modifizierte Versionen (Versionen 2.0) der Rahmenverträge für das Jahr 2009. Geändert wurde insbesondere Ziffer 5 der drei Rahmenverträge. In Ziffer 5 der Rahmenverträge wird neu eine Unterscheidung getroffen zwischen nicht ausreichender Regelleistung aus betrieblichen oder anderen Gründen und nicht ausreichender Regelleistung aufgrund ungenügender Angebote im Ausschreibungsverfahren. Die Vorgehens-Kaskade für den ersten Fall entspricht derjenigen der Rahmenverträge für das Jahr 2009 (vgl. oben Rz.4). Für den zweiten Fall wird auf ein separates Notkonzept ausserhalb der Rahmenverträge verwiesen (act. 1 Rz. 32 ff.; act. 1 Beilagen 12 bis 17 je Ziff. 5).
- 6 Das Notkonzept wurde für das Jahr 2010 von swissgrid modifiziert (Version 4.2). Im Vergleich zum Notkonzept, welches im Jahr 2009 anwendbar war (Version 3.0), wurde Ziffer 4 betreffend das Vorgehen bei ungenügender Liquidität geändert. Das seit 1. Januar 2010 anwendbare Notkonzept sieht weder eine zweite Ausschreibung noch die Möglichkeit der bilateralen Beschaffung bei ungenügenden Angeboten vor. Für den Fall, dass in der regulären Ausschreibung nicht genügend Regelleistung angeboten wird, werden die SDV bzw. Kraftwerksbetreiber gemäss Notkonzept direkt zwangsverpflichtet (act. 1 Beilage 18).
- 7 Die Gesuchstellerinnen haben die Rahmenverträge für das Jahr 2010 sowie das modifizierte Notkonzept abgelehnt und die Beibehaltung des Beschaffungsregimes des Jahres 2009 verlangt. Die darauf mit der Gesuchsgegnerin geführten Verhandlungen führten nicht zu einer Anpassung der Rahmenverträge oder des Notkonzepts. Die Gesuchstellerinnen unterzeichneten die Rahmenverträge im Dezember 2009 mit dem Hinweis, dass sie die Verträge nur unterzeichneten, damit sie an der Januar-Ausschreibung teilnehmen könnten (act. Rz. 40 ff.; act 1 Beilagen 20 bis 24).
- 8 Neben den Rahmenverträgen haben die Gesuchstellerinnen [...] als Kraftwerksbetreiberinnen (KWB) auch eine Betriebsvereinbarung mit swissgrid geschlossen. Diese Vereinbarung regelt die notwendige Zusammenarbeit der Parteien betreffend Koordination des Betriebs des schweizerischen Übertragungsnetzes mit dem Betrieb des Kraftwerkes. Ziffer 4 letzter Abschnitt der Betriebsvereinbarung sieht vor, dass der KWB bei mangelnder Liquidität des SDL-Marktes auf Anweisung von swissgrid Regelleistung im Rahmen seiner technischen Möglichkeiten vorhält und dass die Zwangsbeschaffung gemäss Notkonzept in der jeweils aktuellen Version (abrufbar unter www.swissgrid.ch > Strommarkt > Netzbetrieb > Systemdienstleistungen > Dokumente) erfolgt (act. 1 Rz. 38 f.; act. 1 Beilage 19).

B.

- 9 In der Eingabe vom 26. April 2010, eingegangen bei der Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) am 28. April 2010, stellen die Gesuchstellerinnen folgende Rechtsbegehren:
 - „1. Es sei die Verfügung der swissgrid betreffend Zwangsverpflichtung der Beschwerdeführerin aufzuheben;
 2. Es sei festzustellen, dass die Ziffer 5.2 der Rahmenverträge zur Lieferung von Primär-, Sekundär- und Tertiärregelleistung der swissgrid vom 11. November 2009 (Versionen 2.0) in Verbindung mit dem Notkonzept vom 7. August 2009 (Version



4.2) rechtswidrig ist und für die Beschaffung von Systemdienstleistungen durch swissgrid nicht angewendet werden darf; dieser Antrag gilt in Bezug auf die Beschwerdeführerin als Eventualantrag

3. *Im Sinne vorsorglicher Massnahmen sei swissgrid zu verpflichten, bis zum Entscheid in der Hauptsache statt der Ziffer 5.2 der Rahmenverträge zur Lieferung von Primär-, Sekundär- und Tertiärregelleistung der swissgrid vom 11. November 2009 (Version 2.0) einstweilen die Ziffer 5 der bis 31.12.2009 geltenden Rahmenverträge zur Lieferung von Primär-, Sekundär- und Tertiärregelleistung der swissgrid (jeweils unterzeichnete Versionen) in Verbindung mit dem Notkonzept vom 15. Januar 2009 (Version 3.0) anzuwenden; swissgrid sowie die für swissgrid handelnden Organe seien gemäss Art. 292 StGB unter Androhung von Haft oder Busse im Wiederhandlungsfalle zu verpflichten, den in dieser Ziffer umschriebenen vorsorgliche Massnahmen Folge zu leisten;*
4. *Einer allfälligen Beschwerde gegen den Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Ziffer 3 sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen;*

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten von swissgrid.“

- 10 Die Eingabe der Gesuchstellerinnen betreffend vorsorgliche Massnahmen wird im Wesentlichen damit begründet, dass eine Gewichtsverlagerung von einem marktorientierten, transparenten und diskriminierungsfreien Beschaffungsverfahren zu einem vor allem von einseitigen Entscheidungen der swissgrid abhängenden Verfahren zu Marktverzerrungen und Eigentumseingriffen führen werde und dass ein nachträglicher Ausgleich der dadurch entstehenden Nachteile nicht ohne Weiteres möglich sei (act. 1 Rz. 90 ff.).

C.

- 11 Das Fachsekretariat der ElCom (Fachsekretariat) hat mit Schreiben vom 29. April 2010 ein Verfahren eröffnet und die Gesuchsgegnerin aufgefordert, zum Antrag der Gesuchstellerin bis am 20. Mai 2010 Stellung zu nehmen (act. 2). Diese Frist wurde bis am 27. Mai 2010 erstreckt (act. 4a). Die Gesuchsgegnerin hat mit Eingabe vom 25. Mai 2010 fristgerecht Stellung genommen.

- 12 In ihrer Stellungnahme vom 25. Mai 2010, eingegangen bei der Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) am 26. Mai 2010, stellt die Gesuchsgegnerin zum Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahmen folgende Anträge:

- „1. *Das Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.*
2. *Einer allfälligen Beschwerde gegen den Erlass von vorsorglichen Massnahmen sei die aufschiebende Wirkung nicht zu entziehen.*

Alles unter Kosten – und Entschädigungsfolgen.“

- 13 Die Anträge der Gesuchsgegnerin betreffend das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen werden im Wesentlichen damit begründet, dass kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohe, da die möglicherweise entgangenen Gewinne im Nachhinein herleitbar seien. Die be-



antragten vorsorglichen Massnahmen erwiesen sich daher als nicht verhältnismässig, da sie nicht erforderlich seien.

II Erwägungen

1 Zuständigkeit

- 14 Die ElCom 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.
- 15 Die Stromversorgungsgesetzgebung (StromVG und StromVV) enthält verschiedene Vorgaben betreffend die nationale Netzgesellschaft, zu den Systemdienstleistungen und zur Versorgungssicherheit (Art. 8, 18 – 22 StromVG; Art. 5, 22 und Art. 26 StromVV). Die vorliegende Verfügung betrifft somit zentrale Bereiche der Stromversorgungsgesetzgebung. Entsprechend ist die Zuständigkeit der ElCom gegeben.

2 Parteien

- 16 Als Parteien gelten nach Artikel 6 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Nach Artikel 48 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist, und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Zur Beschwerde berechtigt sind ferner Personen, Organisationen und Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt (Art. 48 Abs. 2 VwVG).
- 17 Die Gesuchstellerinnen verfügen über Parteistellung, da sie als Systemdienstleistungserbringerin Rahmenverträge, welche Gegenstand der beantragten vorsorglichen Massnahme sind, mit der Gesuchsgegnerin abgeschlossen haben. Ausserdem gehören die zum Personenkreis, welcher gemäss Notkonzept zwangsverpflichtet werden können.
- 18 Auch der Gesuchsgegnerin kommt Parteistellung zu, da sie gemäss Artikel 20 Absatz 1 StromVG für einen diskriminierungsfreien, zuverlässigen und leistungsfähigen Betrieb des Übertragungsnetzes zu sorgen hat. Dazu gehören u.a. die Sicherstellung der Bereitstellung von Regelenergie und die Anordnung der notwendigen Massnahmen bei Gefährdung des stabilen Netzbetriebs (Art. 20 Abs. 2 Bst. b und c StromVG). Sowohl die SDL-Rahmenverträge wie auch das Notkonzept fallen in diesen Tätigkeitsbereich der Gesuchsgegnerin. Ausserdem ist sie SDL-Rahmenvertragspartnerin der Gesuchstellerin und damit direkt betroffen von einer allfälligen Ausserkraftsetzung der fraglichen Ziffer.



3 Vorsorgliche Massnahmen

- 19 Das Verfahren der ElCom richtet sich nach dem StromVG und nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021; vgl. Art. 1 VwVG). Das StromVG und das VwVG sehen keine vorsorglichen Massnahmen im erstinstanzlichen Verfahren vor. Rechtsprechung und Lehre anerkennen jedoch, dass in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten unter gewissen Umständen vorsorglicher Rechtsschutz zu gewähren ist. Inhalt und Voraussetzungen von vorsorglichen Massnahmen ergeben sich aus dem materiellen Recht, dessen Durchsetzung die vorsorgliche Massnahme sichern soll (CHRISTOPH SCHAUB, Der vorläufige Rechtsschutz im Anwendungsbereich des Umweltschutzgesetzes, Diss. Zürich 1990, S. 41 ff; vgl. auch BGE 116 Ia 177, E. 3.bb).
- 20 Die ElCom erliess basierend auf der gesetzlichen Ausgangslage und der bestehenden verwaltungsverfahrenrechtlichen Praxis mit Verfügung vom 17. November 2008 in einem anderen Verfahren vorsorgliche Massnahmen (in Sachen Lieferpflicht und Tarifgestaltung für feste Endverbraucher nach Art. 6 StromVG; Entscheid abrufbar unter: www.elcom.admin.ch). Das Bundesverwaltungsgericht bejahte bereits im Rahmen einer Zwischenverfügung die Kompetenz der ElCom zum Erlass vorsorglicher Massnahmen in Sachen Stromversorgung (Zwischenverfügung vom 22. Dezember 2008, Geschäfts-Nr. A-7862/2008, E. 1 ff.).
- 21 Voraussetzung für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme ist, dass ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht, also die Rechtsdurchsetzung gefährdet ist. Zudem muss zeitliche Dringlichkeit vorliegen. Die angeordnete Massnahme hat verhältnismässig zu sein, und es muss geprüft werden, ob die geplante Endverfügung voraussichtlich rechtens sein und durch die vorsorglichen Massnahmen nicht präjudiziert oder verunmöglicht wird (u.a. BGE 127 II 132, E. 3 mit weiteren Hinweisen). Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setzt damit einen drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil, Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit der anzuordnenden Massnahme sowie eine günstige Entscheidprognose voraus. Die vorsorgliche Massnahme dient unter anderem dazu, bedrohte Interessen einstweilen sicher zu stellen (analog Art. 56 VwVG) sowie den bestehenden tatsächlichen oder rechtlichen Zustand vorläufig unverändert zu erhalten. Sie wird gestützt auf eine summarische Prüfung der Rechts- und Sachlage angeordnet (BGE 127 II 132, E. 3).

3.1 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

- 22 Der Verzicht auf vorsorgliche Massnahmen muss für die Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist (u.a. Urteil Bundesgericht vom 5. September 2003, 2A.142/2003, E. 3.1).
- 23 Die Gesuchstellerinnen begründen ihr Begehren um vorsorgliche Massnahmen damit, dass mit dem für das Jahr 2010 geänderten Beschaffungsregime eine Gewichtsverlagerung von einem marktorientierten, transparenten und diskriminierungsfreien Beschaffungswesen zu einem von einseitigen Entscheidungen der Gesuchsgegnerin abhängenden Verfahren stattfindet, was zu Marktverzerrungen und Eigentumseingriffen führe. Ein Ausgleich dieser Eingriffe sei nachträglich praktisch nicht möglich, da es ex post kaum zu belegen sei, ob die Gesuchstellerinnen in den nicht stattfindenden weiteren Ausschreibungsrunden zum Zug gekommen wären und welcher Preis dabei geboten worden wäre. Ausserdem führe die Zwangsverpflichtung unter dem neuen Beschaffungsregime zu einem ineffizienten Betrieb und damit zu übermässigem Wasserverbrauch, was den Gesuchstellerinnen die Teilnahme an künftigen Aus-



schreibungen erschwere oder gar verunmögliche. Dies wiederum führe zu weiteren Zwangsverpflichtungen (act. 1 Rz. 77 ff.).

- 24 Die Gesuchsgegnerin macht geltend, dass die Tätigkeit von Investitionen in die richtigen Kraftwerke im Ermessen der Anbieter und Kraftwerksbetreiber liege. So könnte die Effizienz der SDL-Erbringung massiv erhöht werden, wenn die Kraftwerksbetreiber entsprechende Regelleinrichtungen in günstigere Kraftwerke einbauen würden. Zudem sei die Feststellung der allenfalls erzielbar gewesenen Erlöse im Nachhinein zwar nicht ganz einfach, aber möglich (act. 5 Rz. 28 ff.).
- 25 Die angebliche Gewichtsverlagerung von einem marktorientierten, transparenten und diskriminierungsfreien Beschaffungswesen zu einem von einseitigen Entscheidungen der Gesuchsgegnerin abhängenden Verfahren entsteht aus Sicht der Gesuchstellerinnen durch den Wegfall der Möglichkeiten einer zweiten Ausschreibung sowie von bilateralen Verhandlungen zur Beschaffung von Regelleistung und die dadurch entstehende frühere Einsatzmöglichkeit des Notkonzeptes. Machen die Gesuchstellerinnen in einer der verschiedenen SDL-Ausschreibungen ein Angebot und erhalten sie den Zuschlag, so hat die Gesuchsgegnerin den angebotenen Preis zu bezahlen. Erhalten die Gesuchstellerinnen den Zuschlag nicht oder machen sie kein Angebot, können sie die Regelleistung grundsätzlich anderweitig verkaufen. Ob eine oder zwei Ausschreibungen stattfinden, ändert daran nichts. Alleine durch den Wegfall der Möglichkeiten einer zweiten Ausschreibung sowie von bilateralen Verhandlungen zur Beschaffung von Regelleistung entsteht den Gesuchstellerinnen daher kein Nachteil.
- 26 Die Gesuchstellerinnen gehen implizit davon aus, dass ihnen ein finanzieller Nachteil bei einer allfälligen Zwangsverpflichtung zur Vorhaltung von Regelenergie entstehen kann, da diese gemäss Notkonzept unentgeltlich zu erfolgen hat. Die Gesuchstellerinnen können die Wahrscheinlichkeit einer Zwangsverpflichtung reduzieren oder ganz eliminieren, indem sie an der Ausschreibung teilnehmen. Die im Notkonzept Version 4.2 vorgesehene Zwangsverpflichtung ist zudem identisch mit derjenigen im Notkonzept Version 3.0. In beiden Versionen wird die Vorhaltung von Regelleistung im Falle einer Zwangsverpflichtung nicht entschädigt. Der Verzicht auf die von den Gesuchstellerinnen beantragten vorsorglichen Massnahmen führt daher nicht zu einem Nachteil der Gesuchstellerinnen, da auch das gemäss ihren Anträgen für anwendbar zu erklärende Beschaffungsregime die Möglichkeit einer Zwangsverpflichtung enthält.
- 27 Hinzu kommt, dass ein allfällig durch eine Zwangsverpflichtung entstehender finanzieller Nachteil auf verschiedene Weisen berechnet und daher nach Abschluss des Verfahrens in der Hauptsache ausgeglichen werden könnte. Für den Fall eventueller finanzieller Nachteile wäre damit eine finanzielle Wiedergutmachung möglich (vgl. BGE 125 II 613, E. 4). Es bestünde beispielsweise die Möglichkeit, wie dies die Gesuchsgegnerin vorschlägt, die nicht erzielten Gewinne anhand der erfolgreichen Angebote herzuleiten (act. 5 Rz. 31). Eine andere Möglichkeit wäre die Berechnung der Opportunitätskosten der Gesuchstellerinnen.
- 28 Bis zum heutigen Zeitpunkt hat die Gesuchsgegnerin erst einmal gestützt auf das Notkonzept Zwangsverpflichtungen angeordnet. Dabei wurde ein im Verhältnis zur gesamten Leistungsvorhaltung der ersten 4 Monate des Jahres 2010 verschwindend kleiner Anteil (weniger als [...]) über das Notkonzept beschafft. Es ist daher nicht damit zu rechnen, dass der Bezug von Regelleistung gestützt auf das Notkonzept zum courant normal wird (act. 5, Rz. 38) oder auf Seiten der Gesuchstellerin zu finanziellen Engpässen führen könnte.



- 29 Weitere nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile sind nicht ersichtlich und werden von der Gesuchstellerin auch nicht geltend gemacht.
- 30 Der Gesuchstellerin entsteht daher kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, wenn das aktuelle Beschaffungsregime beibehalten wird.

3.2 Dringlichkeit

- 31 Ein Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, das heisst, dass es sich als notwendig erweist, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen (BGE 127 II 132 ff., E. 3).
- 32 Die Gesuchstellerinnen unterzeichneten die drei Rahmenverträge am 30. November 2009 bzw. am 4. Dezember 2009 mit dem Hinweis, dass sie die Verträge nur unterzeichneten, damit sie an der Januar-Ausschreibung teilnehmen könnten (act. Rz. 1 40 ff.; act. 1 Beilagen 12 bis 17; act 1 Beilagen 20 bis 24). Das geänderte Notkonzept (Version 4.2) ist seit 1. Januar 2010 gültig (act. 1 Beilagen 18).
- 33 Das vorliegende Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ging am 28. April 2010 bei der ElCom ein. Seit der ersten Beanstandung der Rahmenverträge sowie des Notkonzeptes bis zur Einreichung eines Gesuches um Erlass vorsorglicher Massnahmen sind damit knapp fünf Monate vergangen. Warum gerade jetzt vorsorgliche Massnahmen erlassen werden sollten, legen die Gesuchstellerinnen nicht dar. Insbesondere ist nicht ersichtlich, warum mit der Einreichung des Gesuchs seit der Zwangsverpflichtung durch swissgrid vom 12. März 2010 über eineinhalb Monat zugewartet wurde. Die Wahrscheinlichkeit für weitere Zwangsverpflichtungen ist klein (vgl. Rz. 28). Zudem könnten die Gesuchstellerinnen auch gestützt auf das Beschaffungsregime des Jahres bei ungenügenden Angeboten zur Erbringung von Regelleistung zwangsverpflichtet werden. Dringlichkeit liegt daher nicht vor.

3.3 Verhältnismässigkeit

- 34 Die Verwaltungsmassnahme muss im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel erforderlich sein; sie hat zu unterbleiben wenn eine gleiche, geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf und Zürich/St. Gallen 2006, S. 125, Rz. 591).
- 35 Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit wäre insbesondere zu prüfen, ob die vorsorgliche Massnahme geeignet wäre, einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil abzuwenden. Ein solcher droht wie erwähnt nicht. Eine weitergehende Analyse der Verhältnismässigkeit ist wegen des Bezugs zum nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil daher nicht möglich und angesichts der für den Erlass vorsorglicher Massnahmen kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen auch nicht notwendig.

3.4 Entscheidprognose

- 36 Die Hauptsachenprognose kann insbesondere dann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung in



der Anordnung vorsorglicher Massnahmen auf, weil diesfalls die entsprechenden Entscheidungsgrundlagen erst im Hauptverfahren ermittelt werden (BGE 127 II 132 ff., E. 4e).

- 37 Gegenstand des Hauptverfahrens wird die Frage sein, ob Ziffer 5.2 der Rahmenverträge zur Lieferung von Regelenergie (Versionen 2.0) der swissgrid vom 11. November 2009 in Verbindung mit dem Notkonzept vom 7. August 2009 (Version 4.2) rechtswidrig ist. Eine Prognose, wie diese Frage beantwortet wird, ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich.

3.5 Fazit

- 38 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für den Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen, insbesondere mangels Vorliegen eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils, nicht erfüllt sind.

4 Gebühren

- 39 Die Gebühren für diese Verfügung werden mit dem Entscheid in der Hauptsache auferlegt.



III **Entscheid**

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

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

Bern, 10. Juni 2010

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Leiter Fachsekretariat

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- [...]
- [...]
- **swissgrid AG**, Werkstrasse 12, 5080 Laufenburg



IV Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, einzureichen.

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

Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.