



Referenz/Aktenzeichen: 952-09-005

Bern, 30. Januar 2009

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ECom

Zusammensetzung: Brigitta Kratz, Vizepräsidentin; Werner Geiger

in Sachen: [...]

(Gesuchstellerin)

gegen [...]

(Gesuchsgegnerin)

betreffend **Netznutzungsentgelt, Antrag auf Erlass superprovisorischer Massnahmen**



I Sachverhalt

A.

Zwischen der Elektrizitätsversorgung der Einwohnergemeinde [...] (Gesuchstellerin) und der [...] (Gesuchsgegnerin) bestehen Meinungsverschiedenheiten insbesondere hinsichtlich der Zuordnung zu einer bestimmten Netzebene beim Energiebezug durch die Elektrizitätsversorgung [...]. Die Bedeutung dieser Meinungsverschiedenheit ergibt sich daraus, dass die Höhe der zu entrichtenden Netznutzungsentgelte aufgrund der Kostenwälzung davon abhängig ist, von welcher Netzebene die Energie bezogen wird.

B.

Mit Eingabe vom 21. Januar 2009, eingegangen am 22. Januar 2009, stellte die Einwohnergemeinde [...], vertreten durch [...], bei der Eidgenössische Elektrizitätskommission (EiCom) folgende Anträge (Hervorhebungen durch die Gesuchstellerin):

1. *Die [...] sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin [Einwohnergemeinde [...]] die Netznutzungskosten ihrer Vorlieferanten für die Netzebene 3 und diejenige für die Netzebene 4 bekannt zu geben.*
2. *Die EiCom habe dem Bundesamt für Energiewirtschaft von Amtes wegen eine Anzeige zu stellen, damit das Verhalten der Beschwerdegegnerin nach dem Bundesverwaltungsstrafrecht angemessen bestraft wird.*
3. *Die EiCom habe die Beschwerdegegnerin **superprovisorisch oder zumindest im Sinne eines Zwischenentscheidendes** anzuweisen, der Beschwerdeführerin die Netznutzungstarife ihres Vorlieferanten für die Netzebene 4 bis spätestens 31.01.2009 bekannt zu geben.*
4. *Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.*

Die Eingabe der Gesuchstellerin vom 21. Januar 2009 begründete sich im Wesentlichen wie folgt: Die Gesuchstellerin übernehme den elektrischen Strom von der Gesuchsgegnerin ab Unterwerk [...] und zwar direkt vom Transformator Nr. 2, der den elektrischen Strom von 110-kV auf die 16-kV-Spannung transformiere. Die dem Transformator Nr. 2 unmittelbar und gleichenorts nachgelagerte Schaltanlage stehe dabei im vollen Eigentum der Gesuchstellerin. Der Strom werde im Unterwerk [...] von der 110 kV-Freiluftanlage direkt auf 16 kV transformiert (Netzebene 4) und der EVS eingespiesen. Die Gesuchstellerin führt weiter an, dass die Gesuchsgegnerin im konkreten Fall gar nicht im Besitze einer gebührenpflichtigen Netzebene 5 oder eines Anlageteils davon sei. Die Gesuchstellerin beabsichtigt damit offenbar einen Anschluss auf Netzebene 4, woraus sich auch der entsprechende Antrag auf Bekanntgabe der Netznutzungstarife für die Netzebene 4 ableitet. Im Übrigen verweist die Gesuchstellerin auch auf den seit dem 18. Juni 2007 andauernden Korrespondenzwechsel zwischen ihr und der Gesuchsgegnerin in dieser Angelegenheit.

Mit Schreiben vom 22. Januar 2009, eingegangen am 23. Januar 2009, bestätigte die Gesuchstellerin ihren superprovisorischen Antrag. Zudem wies die Gesuchstellerin unter anderem darauf hin, dass sie ohne die verlangten Angaben das ihr von der [...] belastete Netznutzungsentgelt nicht korrekt an ihre Kunden weiterverrechnen könne.



C.

Das Fachsekretariat der EICom (Fachsekretariat) eröffnete mit Schreiben vom 23. Januar 2009 ein Verfahren und forderte [...] auf, zum Antrag der Gesuchstellerin um superprovisorische Massnahmen (Antrag 3.) bis 27. Januar 2009 Stellung zu nehmen.

Mit Eingabe vom 27. Januar 2009 nahm die Gesuchsgegnerin Stellung und beantragte Folgendes:

1. *Der Antrag der Beschwerdeführerin [Einwohnergemeinde [...]] auf Anweisung des Beschwerdegegnerin im Sinne einer superprovisorischen Massnahme oder eine Zwischenentscheidendes zur Bekanntgabe der Netznutzungstarife des Vorlieferanten für die Netzebenen 3 und 4 bis spätestens 31. Januar 2009 sei abzuweisen;*
2. *unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.*

Zur Begründung führte die Gesuchsgegnerin im Wesentlichen an, dass die Gesuchstellerin aus Gründen des Verursacherprinzips und der Gleichbehandlung mit anderen Verteilnetzbetreibern der Netzebene 5a zugeordnet worden sei. Dabei beruft sich die Gesuchsgegnerin auf eine Branchenempfehlung des Verbandes Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen sowie auf durch den Verband [...] ausgearbeitete Grundsätze. Betreffend die beantragten vorsorglichen Massnahmen führt die Gesuchsgegnerin an, dass die Beschwerdeführerin in keiner Weise dargetan habe, welchen Nachteil sie erleiden würde, wenn die Gesuchsgegnerin ihr die in Frage stehenden Informationen nicht zukommen lasse. Zudem würde eine Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen unzulässigerweise den Hauptentscheid vorweg nehmen. Im Weiteren lasse sich aus der Stromversorgungsgesetzgebung kein Anspruch auf die von der Gesuchstellerin gewünschten Informationen ableiten.

II Erwägungen

1 Zuständigkeit

Die EICom überwacht gemäss Artikel 22 Absatz 1 Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Die EICom ist insbesondere zuständig für die Überprüfung der Netznutzungstarife und -entgelte im Streitfall oder von Amtes wegen (Art. 22 Abs. 1 Bst. a und b StromVG).

Die Stromversorgungsgesetzgebung (StromVG und die Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 [StromVV; SR 734.71]) enthält insbesondere verschiedene Vorgaben zur Publikation der Netznutzungstarife (Art. 12 Abs. 1 StromVG; Art. 10 StromVV). Die vorliegende Verfügung betrifft somit zentrale Bereiche der Stromversorgungsgesetzgebung. Entsprechend ist die Zuständigkeit der EICom gegeben.

Dringliche und vorsorgliche Verfügungen werden vom Präsidenten bzw. der Präsidentin oder vom Vizepräsidenten bzw. von der Vizepräsidentin zusammen mit einem andern Mitglied der EICom erlassen (Art. 12 Abs. 1 Geschäftsreglement der Elektrizitätskommission vom 12. September 2007; SR 734.74).



2 Parteien

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.

Über Parteistellung verfügt die Gesuch stellende Einwohnergemeinde [...], welche unter der Bezeichnung Elektrizitätsversorgung [...] das Elektrizitätswerk zur Versorgung von Endverbrauchern auf ihrem Gemeindegebiet betreibt. Als rechtlich unselbständige Anstalt verfügt die Elektrizitätsversorgung [...] mangels Rechtspersönlichkeit nicht über Parteistellung.

Ebenfalls als Partei im Verfahren ist die Gesuchsgegnerin, das heisst die [...], zu qualifizieren. [...] ist eine zu 100 % dem Kanton [...]gehörende Aktiengesellschaft mit Sitz in [...]. [...] ist das Energiedienstleistungsunternehmen im Kanton [...] und versorgt zusammen mit kommunalen Partnern im Kantonsgebiet Endkunden mit Strom.

3 Vorsorgliche Massnahmen

Das Verfahren der ECom 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). 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 allerdings 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.).

Die ECom erliess basierend auf der gesetzlichen Ausgangslage und der bestehenden verwaltungsverfahrenrechtlichen Praxis mit Verfügung vom 17. November 2008 vorsorgliche Massnahmen (i.S. Lieferpflicht und Tarifgestaltung für feste Endverbraucher nach Art. 6 StromVG; Entscheid abrufbar unter: www.elcom.admin.ch). Das Bundesverwaltungsgericht äusserte sich ebenfalls bereits im Rahmen einer Zwischenverfügung zum möglichen Erlass vorsorglicher Massnahmen in Stromversorgungssachverhalten (Zwischenverfügung vom 22. Dezember 2008, Geschäfts-Nr. A-7862/2008, E. 1 ff.).

Voraussetzung für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme ist, dass ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil droht, also die Rechtsdurchsetzung gefährdet ist. Zudem muss zeitliche Dringlichkeit vorliegen. Die angeordnete Massnahme hat verhältnismässig zu sein, und es sollte geprüft werden, ob die geplante Endverfügung voraussichtlich rechtens sein und durch die vorsorgliche Massnahmen nicht präjudiziert oder verunmöglicht wird (u.a. BGE 127 II 132 ff., 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). Sie wird gestützt auf eine summarische Prüfung der Rechts- und Sachlage angeordnet (BGE 127 II 132 ff., E. 3).



Vorliegende Zwischenverfügung betrifft die Behandlung des Antrags Nr. 3 der Gesuchstellerin auf vorsorgliche Massnahme zur Bekanntgabe der Netznutzungstarife der Vorlieferanten für die Netzebene 4. Die Behandlung weiterer Rechtsfragen in dieser Angelegenheit erfolgt im Entscheid mit der Hauptsache.

Aus der Aufforderung an die Gesuchsgegnerin, zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 21. Januar 2009 Stellung zu nehmen, ergibt sich, dass vorliegend die Voraussetzungen für den Erlass einer superprovisorischen Massnahme ohne Anhörung der Gegenpartei nicht gegeben sind.

Nachfolgend werden die vorstehend erwähnten Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen geprüft, soweit sich die Prüfung der Voraussetzungen als notwendig erweist.

3.1 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

Der Verzicht auf 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).

Die Gesuchstellerin machte zur Begründung ihres Antrags auf superprovisorische vorsorgliche Massnahmen geltend, dass die Bekanntgabe der Netznutzungstarife keinen zeitlichen Aufschub dulde. Ein Rechtsstreit vor der ElCom könne mehrere Jahre dauern. Mit Schreiben vom 23. Januar 2009 ergänzte die Gesuchstellerin, dass sie ohne die verlangten Angaben das ihr von der [...] belastete Netznutzungsentgelt nicht korrekt an ihre Kunden weiterverrechnen könne.

Die Gesuchsgegnerin stellt in ihrer Stellungnahme vom 27. Januar 2009 das Vorliegen eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils in Abrede: Sollte sich später ergeben, dass Netznutzungsentgelte zu Unrecht erhoben wurden, könnten die zu viel erhobenen Netznutzungsentgelte zurückerstattet werden. Die Gesuchstellerin könne wiederum die zu Unrecht erhobenen Netznutzungsentgelte ihren eigenen Endverbrauchern zurückerstatten.

Die von der Gesuchstellerin beantragte Bekanntgabe eines Netznutzungsentgeltes für die Netzebene 4 durch die Gesuchsgegnerin soll vermutlich Klarheit schaffen über die zu entrichtenden Netznutzungsentgelte. Damit ist auch gesagt, dass es sich bei der in der vorliegenden Zwischenverfügung zu beurteilenden Streitigkeit um rein finanzielle Fragen handelt. Weitere drohende Nachteile sind in diesem Fall nicht ersichtlich und werden von der Gesuchstellerin auch nicht geltend gemacht.

Hinsichtlich nicht wieder gutzumachender Nachteile ist zu berücksichtigen, dass ein solcher Nachteil nicht vorliegt, falls allfällige finanzielle Differenzen im Hauptverfahren rückwirkend ausgeglichen werden könnten (BGE 125 II 613, E. 4.a). Vorliegend ist ein rückwirkender Ausgleich der Netznutzungsentgelte ohne Weiteres möglich, womit diesbezüglich kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil vorliegt. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass auch gewisse Bedingungen finanzieller Art die Schaffung eines wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarktes (vgl. Art. 1 Abs. 1 StromVG) behindern könnten und mit Blick auf das materielle Recht Gegenstand vorsorglicher Massnahmen sein könnten. Im hier zu beurteilenden Fall handelt es sich jedoch im Wesentlichen um eine Streitigkeit zwischen zwei Parteien mit auf das Gebiet der Gemeinde [...] beschränkten Auswirkungen.

Im Weiteren ist hervorzuheben, dass die Situation, in welcher sich die Parteien in diesem Fall befinden, keine Ausnahme darstellt. Aufgrund der Änderung der StromVV vom 12. Dezember 2008 sind zurzeit die Netznutzungstarife neu zu kalkulieren und spätestens bis zum 1. April 2009 zu veröffentlichen (Art. 31c Abs. 2 StromVV). Damit bestehen für alle involvierten Akteure nur provisorische Angaben. Da die definitiven, auf den höheren Netzebenen zu entrichtenden Netznutzungsentgelte noch



nicht bekannt sind (vgl. Medienmitteilung der ECom vom 15. Januar 2009 sowie die Weisung 1/2009 der ECom vom 15. Januar 2009, abrufbar unter: www.elcom.admin.ch), könnte die Gesuchsgegnerin eine endgültige Information der Gesuchstellerin auch noch nicht zur Verfügung stellen. Die Netzkosten werden von der jeweils höheren an die tiefere Spannungsebene weitergegeben. Damit alle Tarife bis zur Netzebene 7 termingerecht publiziert werden können, empfiehlt der Verband Schweizerischer Verteilnetzbetreiber (VSE), die Tarife der Netzebene 3 bis zum 25. Februar 2009 zu publizieren (vgl. Personalmail 1/2009, Januar 2009, abrufbar unter: www.strom.ch).

Damit ergibt sich, dass mindestens das Erfordernis eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils vorliegend nicht gegeben ist. Es erübrigt sich deshalb, die Voraussetzungen, der Dringlichkeit, der Verhältnismässigkeit und der günstigen Entscheidprognose im Detail zu prüfen.

3.2 Dringlichkeit

Ein Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, d.h. dass es sich als notwendig erweist, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen (BGE 127 II 132 ff., E. 3). Der später mögliche finanzielle Ausgleich zwischen den Parteien spricht gegen das Vorliegen von Dringlichkeit. Im Weiteren erscheinen sofortige Vorkehren angesichts der vorstehend erwähnten vorgesehenen Publikation der Tarife der Netzebene 3 bis zum 25. Februar 2009 nicht angezeigt. Zudem ist zu beachten, dass die Meinungsverschiedenheit der Parteien bezüglich der Netzebenenanzuordnung nun schon seit mehreren Jahren besteht. Es ist nicht erkennbar und wird von der Gesuchstellerin auch nicht erläutert, inwiefern sich die Sachlage nun derart verändert hätte, dass Dringlichkeit vorliegen würde.

3.3 Verhältnismässigkeit

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. Aufl., Zürich/Basel/Genf und Zürich/St. Gallen 2006, S. 125, Rz. 591). Der angestrebte Erfolg einer vorsorglichen Massnahme wäre das Ausbleiben eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils. Eine weitergehende Analyse der Verhältnismässigkeit ist wegen des Bezugs zum nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil nicht möglich, da ein solcher Nachteil nicht vorliegt.

3.4 Entscheidprognose

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 Entscheidgrundlagen erst im Hauptverfahren ermittelt werden (BGE 127 II 132 ff., E. 3). Mit dem Hauptbegehren wird nur die Bekanntgabe der Netznutzungskosten für die Netzebenen 3 und 4 verlangt. Die Stromversorgungsgesetzgebung enthält keine Bestimmung, welche den Vorlieferanten explizit verpflichtet, dem unterliegenden Netzbetreiber die Netznutzungskosten bekannt zu geben. Artikel 12 Absatz 1 StromVG schreibt lediglich vor, dass die Netzbetreiber die für die Netznutzung nötigen Informationen leicht zugänglich bereit stellen und die Netznutzungstarife, die Jahressumme der Netznutzungsentgelte, die Elektrizitätstarife, die technischen und betrieblichen Mindestanforderungen sowie die Jahresrechnungen veröffentlichen. Die Gesuchstellerin führt nicht aus, inwiefern die Netznutzungskosten des Vorlieferanten für die Netznutzung nötige Informationen darstellen. Hingegen scheint die eigentlich umstrittene Frage zu sein, welches Netznutzungsentgelt entrichtet werden muss bzw. welche Netzebene dafür massgeblich ist. Bei dieser Ausgangslage ist im Sinne der zitierten bun-



desgerichtlichen Rechtsprechung Zurückhaltung bei der Berücksichtigung der Entscheidprognose zu üben.

3.5 Fazit

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

4 Gebühren

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



III **Entscheid**

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Das Gesuch der Einwohnergemeinde [...] um Anordnung vorsorglicher Massnahmen zur Bekanntgabe der Netznutzungstarife der Vorlieferanten für die Netzebene 4 bis spätestens 31. Januar 2009 (Antrag Nr. 3.) 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, 30. Januar 2009

Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom

Brigitta Kratz
Vizepräsidentin

Renato Tami
Leiter Fachsekretariat

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

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

IV **Rechtsmittelbelehrung**

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



- a) vom 7. Tag vor Ostern bis und mit dem 7. Tag nach Ostern;
- b) vom 15. Juli bis und mit dem 15. August;
- c) vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar.

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