



Referenz/Aktenzeichen:

Bern, 19. Februar 2009

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

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

in Sachen: **X. SA**

(Gesuchstellerin)

gegen **Y. SA und Z. SA**

(Gesuchsgegnerinnen)

betreffend **Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen; Lieferpflicht und Tarif-/Preisgestaltung an Endverbraucherin mit Grundversorgung**



I Sachverhalt

A.

Die X. SA (Gesuchstellerin) wird von der Y. SA und der Z. SA (gemeinsam als Gesuchsgegnerin bezeichnet) mit elektrischer Energie beliefert. Die Gesuchstellerin gehört zur Gruppe der A. AG. Diese hat die Gesuchstellerin im Jahr 2005 aus einem Nachlassverfahren herausgekauft. Die Gesuchstellerin hat einen Jahresbedarf an Elektrizität von rund 8 GWh (act. 1).

Vom 1. Januar 2006 bis am 30. Juni 2008 wurde die Gesuchstellerin gemäss den von der Gesuchsgegnerin eingereichten Unterlagen zum [...] beliefert. Auf diesen Tarif erhielt sie im Jahr 2007 einen Rabatt von [...]%, bezahlte demnach durchschnittlich [...] Rp./kWh anstatt [...] Rp./kWh. Auch im Jahr 2008 profitierte die Gesuchstellerin von einem Rabatt in einer ähnlichen Grössenordnung. Der Vollversorgungspreis belief sich 2008 mit diesem Rabatt auf [...] Rp./kWh anstatt auf [...] Rp./kWh. Aufgrund einer Vereinbarung vom 26. Februar und vom 11. März 2008 erfolgte die Belieferung ab dem 1. Juli 2008 bis am 31. Dezember 2008 zum [...], was eine Erhöhung des bisherigen Tarifs mit sich brachte. Die Gesuchsgegnerin glich diese Erhöhung mit einem zusätzlichen, ausserordentlichen Rabatt aus. Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen waren in den Beträgen jeweils nicht enthalten (act. 4, S. 4/5).

Mit Schreiben vom 20. Oktober 2008 hat die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin eine Offerte für die Stromlieferung für die Jahre 2009-2011 zum Preis von [...] Rp./kWh unterbreitet (nur Elektrizität, Netznutzung 2009 bei [...] Rp./kWh, das heisst total [...] Rp./kWh, Offerte für freien Markt; ohne Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen; act. 1, S. 3).

Der durchschnittliche Tarif für die Gesuchstellerin im Jahr 2009 wäre nach Aussage der Gesuchsgegnerin bei [...] Rp./kWh gelegen (Tarif für Endverbraucher in der Grundversorgung; wovon [...] Rp./kWh für Elektrizität, ohne Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen; act. 4, S. 5).

Die Gesuchstellerin hat die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 28. Oktober 2008 informiert, dass sie von ihrem Recht auf freien Netzzugang keinen Gebrauch machen wird, und dass sie davon ausgeht, dass sich der Strompreis auch künftig an den Gestehungskosten orientiert (act. 1, S. 3).

Bis zur Eingabe des Gesuches um Erlass vorsorglicher Massnahmen am 30. Dezember 2008 ist zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin kein Vertragsabschluss über die weitere Belieferung mit Elektrizität ab dem 1. Januar 2009 zustande gekommen.

B.

In ihrer Eingabe vom 30. Dezember 2008, eingegangen bei der ElCom am 5. Januar 2009, stellt die Gesuchstellerin folgende Rechtsbegehren:

„1. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin ab 1. Januar 2009 und bis zur Einreichung einer Klage der Gesuchstellerin per spätestens 31.3.2009 betreffend

- Lieferpflicht und Tarif-/Preisgestaltung der Gesuchsgegnerin sowie



- *der Qualifikation der Gesuchstellerin als Endverbraucherin, welche auf den Netzzugang im Sinne des StromVG verzichtet*

und während dem anschliessenden Verfahren bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides in der Hauptsache jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zum bisherigen Einheits- und Vollversorgungspreis von [...] Rp./kWh zuzüglich maximal 20% sowie die gesetzlich geschuldete MWST und allfällige Gemeindeabgaben und Steuern zu liefern.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“

Die Eingabe der Gesuchstellerin begründet sich im Wesentlichen damit, dass die finanziellen Folgen der Verteuerung der Elektrizität die unternehmerische Perspektive der Gesuchstellerin in Frage stelle.

C.

Das Fachsekretariat der ElCom (Fachsekretariat) hat mit Schreiben vom 13. Januar 2009 ein Verfahren eröffnet und die Gesuchsgegnerin aufgefordert, zum Antrag der Gesuchstellerin bis am 30. Januar 2009 Stellung zu nehmen (act. 3). Die Gesuchsgegnerin ist dieser Aufforderung mit Eingabe vom 30. Januar 2009 fristgerecht nachgekommen.

In der Stellungnahme beantragt die Gesuchsgegnerin, das Massnahmebegehren der Gesuchstellerin unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen, soweit dieses überhaupt zulässig sei. Als Argument bringt sie hauptsächlich vor, dass die Gesuchstellerin in der Vergangenheit von Rabatten profitiert habe, welche die Stromkosten in einer schwierigen Übergangsphase nach dem Nachlassverfahren tief gehalten haben. Im Übrigen komme die Gesuchsgegnerin auch seit dem 1. Januar 2009 ihren gesetzlichen Pflichten nach, sie beliefere die Gesuchstellerin weiterhin mit elektrischer Energie. Die einzige streitige Frage in diesem Verfahren sei jene des Preises.

Die Gesuchsgegnerin weist im Übrigen darauf hin, dass mit Datum vom 10. Februar 2009 eine Besprechung zwischen der Gesuchstellerin, Vertretern der öffentlichen Hand sowie der Gesuchsgegnerin stattfinde. Anlässlich dieses Treffens soll die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin eine neue Offerte unterbreiten (act. 4, S. 9). Gemäss telefonischer Aussage der Gesuchsgegnerin vom 18. Februar 2009 findet die Besprechung neu am 9. März 2009 statt (act. 6).

II Erwägungen

1 Zuständigkeit

Die ElCom überwacht gemäss Artikel 22 Absatz 1 des Bundesgesetzes 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 ElCom ist insbesondere zuständig für die Überprüfung der Netznutzungstarife und -entgelte sowie der Elektrizitätstarife 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 verschiedene Vorgaben zur Berechnung der Netznutzungstarife (Art. 12 Abs. 1 StromVG; Art. 10 StromVV) und zum Tarifanteil für die Energielieferung an Endverbraucher mit Grundversorgung (Art. 4 Abs. 1 StromVV). Die vorliegende Verfügung betrifft somit zentrale Bereiche der Stromversorgungsgesetzgebung. Entsprechend ist die Zuständigkeit der ElCom gegeben.

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 Gesuchstellerin, welche als Endverbraucherin Elektrizität von der Gesuchsgegnerin bezieht.

Ebenfalls als Partei im Verfahren ist die Gesuchsgegnerin, das heisst die Y. SA und die Z. SA, zu qualifizieren. Die Y. SA ist eine börsenkotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in [...], welche als Verteilnetzbetreiberin die in ihrem Eigentum stehenden elektrischen Anlagen in ihrem Versorgungsgebiet betreibt. Die Z. SA ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in [...]. Sie beliefert freie und feste Endverbraucher mit elektrischer Energie. Da sowohl die Y. SA als auch die Z. SA von der vorliegenden Verfügung betroffen sind, gelten beide Gesellschaften als Partei in diesem Verfahren.

3 Vorsorgliche Massnahmen

Das Verfahren der ElCom 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 ElCom erliess basierend auf der gesetzlichen Ausgangslage und der bestehenden verwaltungsverfahrenrechtlichen Praxis mit Verfügung vom 17. November 2008 vorsorgliche Massnahmen (in Sachen 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 muss geprüft werden, ob die geplante Endverfügung voraussichtlich rechtens sein und durch die vorsorgliche Mass-



nahmen 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 wiedergutzumachenden 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 Gesuchs um Erlass von vorsorglichen Massnahmen der Gesuchstellerin. Die Behandlung weiterer Rechtsfragen in dieser Angelegenheit erfolgt im Entscheid mit der Hauptsache bzw. nach Einreichung der bis spätestens am 31. März 2009 in Aussicht gestellten Klage der Gesuchstellerin.

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 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).

Die Eingabe der Gesuchstellerin vom 30. Dezember 2008 begründete sich im Wesentlichen wie folgt: Die Gesuchstellerin sei auch ab dem 1. Januar 2009 auf die Lieferung von Strom angewiesen, ohne diesen müsse sie ihren Betrieb einstellen, was für sie einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil darstelle (act. 1, S. 5 f.). Die Gesuchsgegnerin stellt in ihrer Stellungnahme vom 30. Januar 2009 das Vorliegen eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils in Abrede: Die Gesuchstellerin werde seit dem 1. Januar 2009 weiterhin als Endverbraucherin, die auf ihr Recht auf Netzzugang verzichtet hat, mit elektrischer Energie beliefert. Ein Unterbruch der Lieferung sei entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin nie zur Diskussion gestanden (act. 4, S. 6).

Hinsichtlich nicht leicht 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). In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass unter Umständen auch gewisse Bedingungen finanzieller Art die Schaffung eines wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarktes und die sichere Elektrizitätsversorgung (vgl. Art. 1 Abs. 1 StromVG) behindern könnten, und mit Blick auf das materielle Recht Gegenstand vorsorglicher Massnahmen sein könnten.

Die Gesuchstellerin bringt in ihrer Eingabe vor, dass eine Betriebseinstellung wegen Nichtlieferung von Strom einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil darstellen würde. Diese Aussage mag zwar stimmen, ist aber vorliegend nicht von Relevanz, da die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin weiterhin mit Strom beliefert. Mit Schadenersatzforderungen von Kunden wegen nicht oder verspäteter Lieferung aufgrund ausgebliebener Stromlieferung ist somit nicht zu rechnen. Auch nicht, dass mangels Umsätzen die Löhne nicht mehr bezahlt werden können. Die Gesuchstellerin bringt zwar vor, dass die angedrohte Preiserhöhung von [...] % nicht auf die Kunden überwältzt werden kann. Gestützt auf eine summarische Prüfung liegen hingegen keine Anzeichen dafür vor, dass die Bezahlung der neuen Stromtarife während der Dauer des Hauptverfahrens zu einem Konkurs führen könnte und aus diesem Grund allfällige finanzielle Differenzen nach Abschluss des Hauptverfahrens nicht mehr rückwirkend ausgeglichen werden können.



Die ElCom hat basierend auf der gesetzlichen Ausgangslage und der bestehenden verwaltungsrechtlichen Praxis mit Verfügung vom 17. November 2008 vorsorgliche Massnahmen (in Sachen Lieferpflicht und Tarifgestaltung für feste Endverbraucher nach Art. 6 StromVG; Entscheid abrufbar unter: www.elcom.admin.ch) erlassen und gleichzeitig auch den Preis für die Elektrizitätslieferung festgelegt. Der Sachverhalt in jenem Verfahren weicht jedoch erheblich vom Sachverhalt im vorliegenden Verfahren ab. Einerseits war dort streitig, ob die Gesuchstellerin als Endverbraucherin mit Grundversorgung zu qualifizieren ist, ausserdem war der zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung geltende Vertrag bis zum 31. Dezember 2008 befristet. Es musste also sichergestellt werden, dass die Gesuchstellerin auch ab dem 1. Januar 2009 mit Strom beliefert wird. Wie schon gesehen, beliefert vorliegend die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin als Endverbraucherin mit Grundversorgung mit Strom.

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, das heisst, 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. Wie in Erwägung 3.1 gesehen, ist die Dringlichkeit auch in Bezug auf die zukünftige Belieferung nicht gegeben, da die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin weiterhin beliefert. Es ist nicht erkennbar und wird von der Gesuchstellerin auch nicht erläutert, inwiefern 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. Auflage, 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. Ein solcher droht wie erwähnt nicht. Eine weitergehende Analyse der Verhältnismässigkeit ist wegen des Bezugs zum nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil daher nicht möglich.

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).

Die Gesuchstellerin bringt in ihrer Eingabe vom 30. Dezember 2008 vor, dass sie in der in Aussicht gestellten Klage verschiedene Argumente betreffend das Recht auf freien Netzzugang eines Endverbrauchers mit mehr als 100 MWh vorbringen werde (act. 1, S. 8). Dieser Punkt ist vorliegend nicht streitig. Die Gesuchsgegnerin anerkennt und beliefert die Gesuchstellerin seit dem 1. Januar 2009 als Endverbraucherin, die auf den freien Netzzugang verzichtet hat (act. 4, S. 6). Folglich hat die Gesuchstellerin einen Anspruch, jederzeit mit der gewünschten Menge an Elektrizität mit der erforderlichen



Qualität und zu angemessenen Tarifen beliefert zu werden (Art. 6 Abs. 1 StromVG). Der Tarifanteil für die Energielieferung muss sich an den Gestehungskosten einer effizienten Produktion und an langfristigen Bezugsverträgen orientieren (Art. 4 StromVV). Die Tarife der Endverbraucher mit Grundversorgung sind momentan in der Regel günstiger als Marktpreise. Hinzu kommt, dass die Revision der Stromversorgungsverordnung vom 12. Dezember 2008 generell zu einer spürbaren Reduktion der Elektrizitätstarife führen dürfte. Die neuen Tarife müssen bis spätestens am 1. April 2009 publiziert werden.

Im Übrigen hat die Gesuchstellerin in ihrer Eingabe die Einreichung einer Klage bis spätestens am 31. März 2009 in Aussicht gestellt. Bis zum Erlass dieser Verfügung ist keine solche Klage bei der ECom eingetroffen. Eine Entscheidprognose in der Hauptsache ist ohne Kenntnis der konkreten Klage nicht möglich.

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 X. SA 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, 19. Februar 2009

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Leiter Fachsekretariat

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- **X. SA**
- **Y. SA und Z. SA**



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.