

# **BVGer A-4335/2023 vom 12. März 2024**

Bundesverwaltungsgericht, 2024-03-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-4335\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4335_2023)

FR: TAF A-4335/2023 du 12 mars 2024

IT: TAF A-4335/2023 del 12 marzo 2024

## **Regeste**

Energie (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Die ElCom gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. f VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben. Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der erhobenen Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 23 StromVG). Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Ein Interesse ist in der Regel nur schutzwürdig, wenn die beschwerdeführende Partei nicht bloss beim Einreichen der Beschwerde, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung ein aktuelles praktisches Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4; Urteil des BVGer vom A-5142/2021 vom 18. Januar 2023 E. 1.3.1; MOSER et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 2.70 ff., je mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist als Adressatin der angefochtenen Zwischenverfügung von dieser besonders berührt. Sollte die vorliegende Beschwerde gutgeheissen werden, wäre die Beschwerdegegnerin verpflichtet, die Tarifierhöhung 2023 gegenüber der Beschwerdeführerin einstweilen während der Dauer des Hauptverfahrens nicht durchzusetzen. Mittlerweile könnte allenfalls auch eine einstweilige finanzielle Rückabwicklung der Tarifierhöhung im Raum

A-4335/2023 Seite 6 stehen, da zum Urteilszeitpunkt das betreffende Tarifjahr 2023 bereits vergangen ist und das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom

### **E. 1.3**

Gemäss Art. 46 Abs. 1 VwVG sind selbständig eröffnete Zwischenverfügungen – mit Ausnahme der in Art. 45 VwVG genannten – nur dann anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Bst. a) oder wenn die Gutheissung der

Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Bst. b). Andernfalls können Zwischenverfügungen erst mit Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden (vgl. Art. 46 Abs. 2 VwVG). Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG liegt vor, wenn er selbst durch einen für die beschwerdeführende Partei günstig ausfallenden Endentscheid nicht oder nicht vollständig behoben werden könnte. Dabei muss der zu erwartende Nachteil nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts nicht zwingend rechtlicher, sondern kann auch tatsächlicher Natur sein. Ein wirtschaftlicher Nachteil genügt, sofern es der beschwerdeführenden Partei bei der Anfechtung einer Zwischenverfügung nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (vgl. BGE 135 II 30 E. 1.3; BVGE 2015/26 E. 3.2; MOSER et al., a.a.O., Rz. 2.44 ff.; je mit Hinweisen). Angefochten ist eine selbstständig eröffnete Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 6. Juli 2023. Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, ohne die beantragten vorsorglichen Massnahmen während der Dauer des Hauptverfahrens drohten ihrem Produktionsstandort (...) massive Nachteile, die nicht wieder behoben werden könnten. Unbestritten ist dabei, dass die Beschwerdegegnerin den Standort weiterhin mit Elektrizität versorgt, d.h. die physikalische Verfügbarkeit von Elektrizität während des Verfahrens ist nicht in Frage gestellt. Ob die behaupteten rein wirtschaftlichen Nachteile im konkreten Fall genügen, um einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG zu begründen, kann an dieser Stelle offengelassen werden, da die Beschwerde, wie zu sehen sein wird, ohnehin abzuweisen ist.

A-4335/2023 Seite 7

#### **E. 1.4**

Streitgegenstand im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Der Streitgegenstand darf im Laufe des Beschwerdeverfahrens weder erweitert noch qualitativ verändert, sondern höchstens verengt und um nicht mehr streitige Punkte reduziert werden (statt vieler Urteil des BVGer A-478/2021 vom 17. Juli 2023 E. 1.4.1; vgl. MOSER et al., a.a.O., Rz. 2.8, 2.213 f. und 2.215 mit Hinweisen). Das bedeutet, dass nachfolgend auf all diejenigen Ausführungen der Parteien nicht eingegangen werden kann, die inhaltlich über die angefochtene Zwischenverfügung hinausgehen.

#### **E. 1.5**

Die Beschwerde wurde im Übrigen frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), weshalb – unter Vorbehalt der vorstehenden Ausführungen – darauf einzutreten ist. 2. Vor Bundesverwaltungsgericht kann nebst Rechtsverletzung und Sachverhaltsfeststellung auch die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 Bst. c VwVG). Fungiert allerdings als Vorinstanz eine gesetzlich vorgesehene unabhängige Fachinstanz mit besonderen Fachkenntnissen, so kann und soll das Gericht deren technisches Ermessen respektieren und nicht aus eigenem Gutdünken, sondern nur aus triftigen Gründen von der Beurteilung durch die zuständige Fachbehörde abweichen, jedenfalls soweit die Fachinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat. Eine solche Fachbehörde ist auch die Vorinstanz (Art. 21 StromVG; vgl. BGE 142 II 451 E. 4.5 mit weiteren Hinweisen auf die Ermessensprüfung der Vorinstanz und des

Bundesverwaltungsgerichts). 3. 3.1 In formeller Hinsicht beanstandet die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Vorinstanz habe ihre Parteivorbringen und Beweismittel unzureichend gewürdigt. Das gelte besonders für ihre Rüge, die Beschwerdegegnerin sei den Mitwirkungspflichten im Hauptverfahren nicht nachgekommen. In der angefochtenen Zwischenverfügung werde nur von "allenfalls" verletzten Mitwirkungspflichten gesprochen und ihr Vorbringen somit rechtlich nicht behandelt. Mit ihrem zentralen Beweismittel, dem Protokollauszug der Vorstandssitzung der D. \_\_\_\_\_ vom 2. Mai 2023, habe sich die Vorinstanz inhaltlich gar nicht befasst.

A-4335/2023 Seite 8 3.2 Die Beschwerdegegnerin erachtet die formellen Rügen der Beschwerdeführerin als unbegründet. In der angefochtenen Zwischenverfügung habe sich die Vorinstanz sehr wohl mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin inhaltlich auseinandergesetzt und die Beweismittel umfassend gewürdigt. 3.3 Die Vorinstanz verzichtet im Schriftenwechsel darauf, zu den formellen Rügen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen. 3.4 Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101], Art. 29 ff. VwVG) verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der vom Entscheid betroffenen Person auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG). Dabei ist nicht erforderlich, dass die Behörde sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Welchen Anforderungen eine Begründung hinsichtlich Dichte und Qualität zu genügen hat, ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände und der Interessen der Betroffenen zu bestimmen (vgl. BGE 142 II 324 E. 3.6, 137 II 266 E. 3.2; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 35 Rz. 7 ff.). 3.5 Diesen Anforderungen wird die angefochtene Zwischenverfügung gerecht. In den Erwägungen erläuterte die Vorinstanz zunächst die allgemeine Rechtslage zu den vorsorglichen Massnahmen und begründete im Anschluss daran, weshalb die Voraussetzungen für deren Erlass im konkreten Fall nicht erfüllt seien. Im Rahmen der Subsumption setzte sie sich jeweils auch mit den entscheiderelevanten Rügen der Beschwerdeführerin auseinander. Insbesondere legte sie in ihren Erwägungen dar, weshalb die gerügte Verletzung der Mitwirkungspflicht der Beschwerdegegnerin nicht zu einer positiven Hauptsachenprognose führt. Dass die Vorinstanz dabei nicht auf alle Vorbringen der Beschwerdeführerin inhaltlich einging, hängt mit dem Streitgegenstand der Zwischenverfügung zusammen, der auf die

A-4335/2023 Seite 9 Frage des einstweiligen Rechtsschutzes beschränkt ist. Was die eingereichten Beweismittel betrifft, so befasste sich die Vorinstanz zwar nicht eigens mit dem Protokollauszug der Vorstandssitzung der D. \_\_\_\_\_ vom 2. Mai 2023 (Beilage 1 zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 31. Mai 2023). Anhand der weiteren Beilagen 2 - 4 begründete die Vorinstanz jedoch im Einzelnen, weshalb die geltend gemachten Nachteile für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen nicht genügten. Aus diesen Erwägungen erschliesst sich ebenfalls, aus welchen Gründen die Vorinstanz den Protokollauszug als

nicht entscheidungsmassgebend einstuft. Im Ergebnis hat sie somit die wesentlichen Überlegungen genannt, von denen sie sich leiten liess. Die Beschwerdeführerin war sich, wie sich an den Vorbringen in der Beschwerde zeigt, über die Tragweite der Zwischenverfügung im Klaren und ohne Weiteres imstande, diese sachgerecht anzufechten. 3.6 Die Vorinstanz hat den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör somit hinreichend gewährt. 4. 4.1 Die Beschwerdeführerin rügt sodann, es sei das Beweismass der Glaubhaftmachung in der angefochtenen Zwischenverfügung verletzt. Die Vorinstanz habe ihre Beweismittel als nicht ausreichend betrachtet und Nachweise von ihr verlangt, die eigentlich von der Beschwerdegegnerin zu erbringen wären. Das führe zum gesetzeswidrigen Ergebnis, dass im Bereich der Energietarife vorsorglicher Rechtsschutz gar nie gewährt werden könne. 4.2 Die Beschwerdegegnerin sowie die Vorinstanz äussern sich im Schriftwechsel nicht zu diesen Rügen der Beschwerdeführerin. 4.3 Grundsätzlich sind drei Beweismasse zu unterscheiden: Nach dem Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn die Behörde nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist auf jene Sachverhaltsdarstellung abstützen, die von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste erscheint. Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist wiederum von der Glaubhaftmachung abzugrenzen. Die behaupteten Sachumstände sind glaubhaft gemacht, wenn sie aufgrund objektiver Anhaltspunkte mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit feststehen; die Möglichkeit, dass die Verhältnisse sich

A-4335/2023 Seite 10 auch anders gestalten könnten, muss nicht ausgeschlossen sein (vgl. zum Ganzen BGE 144 II 332 E. 4.1.2, 144 II 65 E. 4.2.2; MOSER et al., a.a.O., Rz. 3.140 ff.; je mit Hinweisen). Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Neben den Untersuchungspflichten sind auch die Beweisanforderungen herabgesetzt. Das Glaubhaftmachen von Anliegen genügt in der Regel (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2; Urteil des BVGer A-5236/2018 vom 9. März 2020 E. 5; MOSER et al., a.a.O., Rz. 3.18a; je mit Hinweisen). 4.4 Die Praxis zur Anordnung von vorsorglichen Massnahmen verlangt nur, aber immerhin, dass die rechtserheblichen Sachumstände glaubhaft gemacht werden. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, sind die Voraussetzungen für die beantragten vorsorglichen Massnahmen – selbst in Berücksichtigung des niedrigen Beweismasses der Glaubhaftmachung – nicht gegeben. Es ist daher nicht zu erkennen, dass in der angefochtenen Zwischenverfügung ein überstrenges Beweismass angesetzt worden wäre. Wie es sich in anderen Fällen verhalten könnte, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu entscheiden. 4.5 Die formellen Rügen der Beschwerdeführerin erweisen sich demnach insgesamt als unbegründet.

## **E. 2**

Vor Bundesverwaltungsgericht kann nebst Rechtsverletzung und Sachverhaltsfeststellung auch die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 Bst. c VwVG). Fungiert allerdings als Vorinstanz eine gesetzlich vorgesehene unabhängige Fachinstanz mit besonderen Fachkenntnissen, so kann und soll das Gericht deren technisches Ermessen respektieren und nicht aus eigenem Gutdünken, sondern nur aus triftigen Gründen von der Beurteilung durch die zuständige Fachbehörde abweichen, jedenfalls soweit die Fachinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat. Eine solche Fachbehörde ist auch die Vorinstanz (Art. 21 StromVG; vgl. BGE 142 II 451 E. 4.5 mit weiteren Hinweisen auf die

Ermessensprüfung der Vorinstanz und des Bundesverwaltungsgerichts).

### **E. 3.1**

In formeller Hinsicht beanstandet die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Vorinstanz habe ihre Parteivorbringen und Beweismittel unzureichend gewürdigt. Das gelte besonders für ihre Rüge, die Beschwerdegegnerin sei den Mitwirkungspflichten im Hauptverfahren nicht nachgekommen. In der angefochtenen Zwischenverfügung werde nur von "allenfalls" verletzten Mitwirkungspflichten gesprochen und ihr Vorbringen somit rechtlich nicht behandelt. Mit ihrem zentralen Beweismittel, dem Protokollauszug der Vorstandssitzung der D.\_\_\_\_\_ vom 2. Mai 2023, habe sich die Vorinstanz inhaltlich gar nicht befasst.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdegegnerin erachtet die formellen Rügen der Beschwerdeführerin als unbegründet. In der angefochtenen Zwischenverfügung habe sich die Vorinstanz sehr wohl mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin inhaltlich auseinandergesetzt und die Beweismittel umfassend gewürdigt.

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz verzichtet im Schriftenwechsel darauf, zu den formellen Rügen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen.

### **E. 3.4**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101], Art. 29 ff. VwVG) verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der vom Entscheid betroffenen Person auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG). Dabei ist nicht erforderlich, dass die Behörde sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Welchen Anforderungen eine Begründung hinsichtlich Dichte und Qualität zu genügen hat, ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände und der Interessen der Betroffenen zu bestimmen (vgl. BGE 142 II 324 E. 3.6, 137 II 266 E. 3.2; Kneubühler/Pedretti, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 35 Rz. 7 ff.).

### **E. 3.5**

Diesen Anforderungen wird die angefochtene Zwischenverfügung gerecht. In den Erwägungen erläuterte die Vorinstanz zunächst die allgemeine Rechtslage zu den vorsorglichen Massnahmen und begründete im Anschluss daran, weshalb die Voraussetzungen für deren Erlass im konkreten Fall nicht erfüllt seien. Im Rahmen der Subsumption setzte sie sich jeweils auch mit den entscheidungsrelevanten Rügen der Beschwerdeführerin auseinander. Insbesondere legte sie in ihren Erwägungen dar, weshalb die gerügte Verletzung der Mitwirkungspflicht der Beschwerdegegnerin nicht zu einer positiven Hauptsachenprognose führt. Dass die Vorinstanz dabei nicht auf alle Vorbringen

der Beschwerdeführerin inhaltlich einging, hängt mit dem Streitgegenstand der Zwischenverfügung zusammen, der auf die Frage des einstweiligen Rechtsschutzes beschränkt ist. Was die eingereichten Beweismittel betrifft, so befasste sich die Vorinstanz zwar nicht eigens mit dem Protokollauszug der Vorstandssitzung der D. \_\_\_\_\_ vom 2. Mai 2023 (Beilage 1 zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 31. Mai 2023). Anhand der weiteren Beilagen 2 - 4 begründete die Vorinstanz jedoch im Einzelnen, weshalb die geltend gemachten Nachteile für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen nicht genügten. Aus diesen Erwägungen erschliesst sich ebenfalls, aus welchen Gründen die Vorinstanz den Protokollauszug als nicht entscheidungsmassgebend einstufte. Im Ergebnis hat sie somit die wesentlichen Überlegungen genannt, von denen sie sich leiten liess. Die Beschwerdeführerin war sich, wie sich an den Vorbringen in der Beschwerde zeigt, über die Tragweite der Zwischenverfügung im Klaren und ohne Weiteres imstande, diese sachgerecht anzufechten.

### **E. 3.6**

Die Vorinstanz hat den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör somit hinreichend gewahrt.

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin rügt sodann, es sei das Beweismass der Glaubhaftmachung in der angefochtenen Zwischenverfügung verletzt. Die Vorinstanz habe ihre Beweismittel als nicht ausreichend betrachtet und Nachweise von ihr verlangt, die eigentlich von der Beschwerdegegnerin zu erbringen wären. Das führe zum gesetzeswidrigen Ergebnis, dass im Bereich der Energietarife vorsorglicher Rechtsschutz gar nie gewährt werden könne.

### **E. 4.2**

Die Beschwerdegegnerin sowie die Vorinstanz äussern sich im Schriftenwechsel nicht zu diesen Rügen der Beschwerdeführerin.

### **E. 4.3**

Grundsätzlich sind drei Beweismasse zu unterscheiden: Nach dem Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn die Behörde nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist auf jene Sachverhaltsdarstellung abstützen, die von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste erscheint. Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist wiederum von der Glaubhaftmachung abzugrenzen. Die behaupteten Sachumstände sind glaubhaft gemacht, wenn sie aufgrund objektiver Anhaltspunkte mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit feststehen; die Möglichkeit, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten, muss nicht ausgeschlossen sein (vgl. zum Ganzen BGE 144 II 332 E. 4.1.2, 144 II 65 E. 4.2.2; Moser et al., a.a.O., Rz. 3.140 ff.; je mit Hinweisen). Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Neben den Untersuchungspflichten sind auch die Beweisanforderungen herabgesetzt. Das Glaubhaftmachen von Anliegen genügt in der Regel (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2; Urteil des BVGer A-5236/2018 vom 9. März 2020 E. 5; Moser et al., a.a.O., Rz. 3.18a; je mit Hinweisen).

### **E. 4.4**

Die Praxis zur Anordnung von vorsorglichen Massnahmen verlangt nur, aber immerhin, dass die rechtserheblichen Sachumstände glaubhaft gemacht werden. Wie sich aus den

nachfolgenden Erwägungen ergibt, sind die Voraussetzungen für die beantragten vorsorglichen Massnahmen - selbst in Berücksichtigung des niedrigen Beweismasses der Glaubhaftmachung - nicht gegeben. Es ist daher nicht zu erkennen, dass in der angefochtenen Zwischenverfügung ein überstrenges Beweismass angesetzt worden wäre. Wie es sich in anderen Fällen verhalten könnte, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu entscheiden.

#### **E. 4.5**

Die formellen Rügen der Beschwerdeführerin erweisen sich demnach insgesamt als unbegründet.

#### **E. 5**

Oktober 2023 den Erlass einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Beschwerdeverfahrens abgewiesen hat. Im genannten Umfang ist der Beschwerdeführerin nach wie vor ein aktuelles praktisches Beschwerdeinteresse zuzuerkennen. Die Beschwerdeführerin ist somit zur Beschwerde legitimiert.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin macht in der Hauptsache geltend, die Beschwerdegegnerin habe den Energietarif auf den 1. Januar 2023 um über 100 % gegenüber 2022 erhöht, was ihren Grundversorgungsanspruch auf "jederzeitige" Stromversorgung zu angemessenen Tarifen gemäss Art. 6 Abs. 1 StromVG akut gefährde. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz seien die Voraussetzungen für die Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen erfüllt. Die Hauptsachenprognose falle positiv aus, da die Beschwerdegegnerin den Mitwirkungspflichten im vorinstanzlichen Verfahren nicht nachkomme. Es könne nicht in deren Belieben stehen, das Verfahren zu verzögern, und ein solches Verhalten verdiene keinen Rechtsschutz. Indem die Vorinstanz dagegen nicht eingeschritten sei, sei eine Verletzung der Untersuchungsmaxime sowie eine Rechtsverweigerung oder jedenfalls Rechtsverzögerung zu rügen. Im Rahmen einer vorläufigen Beweiswürdigung sei einstweilen von ihrer glaubhaften Sachdarstellung auszugehen (Art. 13 und Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 [BZP, SR 273]). Ihre Rügen könne sie nicht weiter substantzieren, solange die

A-4335/2023 Seite 11 Beschwerdegegnerin nicht am Verfahren mitwirke. Sie habe folgende Anhaltspunkte genannt, die für eine rechtswidrige Tarifierhöhung sprächen. So sei bei der Beurteilung der Elektrizitätstarife im Streitfall auf die Ist-Werte statt auf die Planwerte abzustellen. Gegen die Tarifierhöhung spreche der Umstand, dass seit November 2022 stark sinkende Strompreise zu verzeichnen seien. Die Gestehungskosten müssten sich sodann an den langfristigen Bezugsverträgen orientieren und allfällige kurzfristige Beschaffungen seien von der Beschwerdegegnerin zu begründen sowie zu belegen. Ferner werde sie mit Bandenergie aus der Eigenproduktion der Beschwerdegegnerin beliefert, auf die sich kurzfristige Schwankungen bei den Handelspreisen nicht auswirken dürften. Im Unterschied zur Beschwerdegegnerin habe die BKW Energie AG für das Jahr 2023 gleichbleibende Grundversorgungstarife anbieten können. Die Beschwerdegegnerin habe für das erste Halbjahr 2022/23 ein ausserordentlich hohes Betriebsergebnis dank Sondereffekten bekanntgegeben. Laut einem Bericht des Tages-Anzeigers werde auch von der Vorinstanz kritisiert, dass eine Reihe von Netzbetreiberinnen ihre Gewinne zu Lasten der grundversorgten Verbraucher optimierten (vgl. Tages-Anzeiger, Branchenaufsicht kritisiert Anstieg der Strompreise, 24. Juli 2023). Da keine Gründe für die Tarifierhöhung

2023 vorlägen, sei eine positive Hauptsachenprognose zu stellen. Beim Verfahren im Streitfall nach Art. 22 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 6 Abs. 1 StromVG sei der gesetzliche Grundversorgungsanspruch rechtsprechungsgemäss nicht erst über die Deckungsdifferenzen zu gewährleisten, sondern nötigenfalls mittels vorsorglicher Massnahmen. In der weiteren Begründung erklärt die Beschwerdeführerin, es sei mit einer Verfahrensdauer von mindestens zwei bis vier Jahren zu rechnen, vor allem da es an einer beförderlichen Verfahrensführung fehle. Auch müssten noch Fragen zu Geschäftsgeheimnissen geklärt werden. Es sei davon auszugehen, dass der noch nicht absehbare Endentscheid der Vorinstanz in jedem Fall zu spät kommen werde. Die Voraussetzung der Dringlichkeit sei somit gegeben. Die Tarifierhöhung 2023 sei für sie als Grossverbraucherin nicht tragbar und führe zum Verlust ihrer Wettbewerbsfähigkeit. Der jährliche Verbrauch an elektrischer Energie liege zwischen 12 und 15 Gigawattstunden (GWh), womit die Energiekosten einen erheblichen Teil der Produktionskosten ausmachten. Sie stehe in einem harten Wettbewerb mit Mitbewerbern aus Asien, die in Bezug auf die Energiekosten deutlich günstigere Standortbedingungen hätten. Wie anhand des Protokollauszugs der Vorstandssitzung der D.\_\_\_\_\_ vom 2. Mai 2023 belegt, sei – infolge der Energiekosten – ein für 2024 geplantes Ausbauprojekt gestoppt worden. Das Projekt (...) hätte die Produktionskapazitäten (...) erhöhen

A-4335/2023 Seite 12 sollen. Das Investitionsvolumen sei gekürzt worden und (...) würden vermehrt aus Asien beschafft. Ihre Bestellungseingänge und das Verkaufsvolumen seien nachweislich massiv zurückgegangen. Auf (...) 2023 habe sie Kurzarbeit anmelden müssen. Sollte bei den Energiekosten keine verbesserte Wettbewerbsfähigkeit erzielt werden, könnten dem Standort die Stilllegung oder die Verlagerung von Produktionskapazitäten sowie ein Stellenabbau drohen. Was an Produktionsvolumen und -kapazitäten, Bestellungen und Verkaufsvolumen, Kundenbeziehungen, Arbeitsplätzen und Mitarbeitenden einmal weg sei, könne nicht einfach wieder hergestellt werden. Eine umgehende Herabsetzung des Energietarifs sei notwendig, um den wirtschaftlichen Niedergang des Produktionsstandorts (...) mit seinen (...) Mitarbeitenden aufzuhalten. Im Unterschied zu ihr erziele die Beschwerdegegnerin ausserordentliche Gewinne und habe keine Nachteile zu befürchten. Damit habe sie substantiiert dargelegt, dass ihr aufgrund der Tarifierhöhung 2023 nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile drohten, die nicht bloss auf strukturelle Gegebenheiten gemäss allgemeiner Lebenserfahrung zurückzuführen seien. Die gegenteiligen pauschalen Annahmen der Vorinstanz seien aktenwidrig und willkürlich (Art. 9 BV).

## **E. 5.2**

Die Beschwerdegegnerin wendet gegen die beantragten vorsorglichen Massnahmen ein, dass sie als rechtswidrig zu erachten seien (Art. 5 BV). Sie seien nicht vereinbar mit dem gesetzlichen Prinzip der Preissolidarität, dem Verbot unterjähriger Preisanpassungen, dem regulatorisch vorgesehenen Ausgleich von Deckungsdifferenzen und dem System einer kostenbasierten Tarifierung unter Einbezug von Marktpreisen (Art. 6 Abs. 3 StromVG, Art. 4 Abs. 1 und Art. 18a Abs. 1 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 [StromVV, SR 734.71]). Art. 22 Abs. 2 Bst. a StromVG biete ebenso wenig eine Grundlage, um individuelle Energietarife festzulegen. Sie bestreite, dass eine positive Hauptsachenprognose zu treffen sei. Im Verfahren sei sie den Mitwirkungspflichten nachgekommen und habe umfangreiche Dokumente ins Recht gelegt. Ihre Tarifberechnung 2023 beruhe auf den regulatorischen Vorgaben, namentlich unter Einbezug der

Durchschnittspreismethode, weshalb die Rügen der Beschwerdeführerin materiell unbegründet seien. So seien die Ist-Kosten 2023 während des laufenden Tarifjahres noch gar nicht bekannt. Auch könnten all-fällige Preisschwankungen nach dem 31. August 2022 systemlogisch erst in den (über-)nächstjährigen Tarif einbezogen werden. Bei den anrechenbaren Kosten in der Grundversorgung seien rechtsprechungsgemäss auch kurzfristige Marktkäufe zu berücksichtigen. Ihre Beschaffungsstrategie sei vom Verfahrensgegenstand nicht erfasst und mit derjenigen der BKW AG nicht vergleichbar. Den Vorhalt der Gewinnoptimierung weise sie zurück.

A-4335/2023 Seite 13 In der weiteren Begründung stützt die Beschwerdegegnerin die Ansicht der Vorinstanz, dass es für die beantragten vorsorglichen Massnahmen an der zeitlichen Dringlichkeit fehle. Das Hauptverfahren werde beförderlich geführt. Die Beschwerdeführerin habe zudem die behauptete existentielle Bedrohung nicht mit belastbaren Zahlen substantiiert. Es sei nicht dargelegt, dass die Nachteile tatsächlich kausal auf den gestiegenen Energietarif 2023 zurückzuführen seien. Da die Wirtschaftsregionen Asien/Fernost und Westeuropa nicht miteinander vergleichbar seien, überzeuge es nicht, den Standortnachteil (...) einzig mit der Tarifierhöhung 2023 zu erklären. Auch der Protokollauszug der Vorstandssitzung der D. \_\_\_\_\_ vom 2. Mai 2023 lasse diesen Schluss nicht zu, zumal er erst während hängigem Verfahren verfasst worden sei. Ausserdem führe es an der Sache vorbei, die Geschäftslage der Beschwerdeführerin mit ihrer eigenen in Relation zu setzen, besonders da die Elektrizitätspreise in der Grundversorgung gesetzlich geregelt seien. Die Voraussetzung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils sei daher nicht erfüllt. Schliesslich seien die beantragten Massnahmen auch als unverhältnismässig einzustufen. Sie hätten Rückabwicklungen zur Folge, die vor dem Hintergrund des möglichen Ausgleichs mittels Deckungsdifferenzen überflüssig seien. Sollte es bei der Beschwerdeführerin zu einem Zahlungsausfall kommen, müsste dieser von den übrigen grundversorgten Endverbrauchern getragen werden.

### **E. 5.3**

Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Zwischenverfügung aus, dass die Voraussetzungen für den Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen nicht gegeben seien. Eine allfällige Verletzung der Mitwirkungspflicht der Beschwerdegegnerin erlaube noch keine eindeutige Hauptsachenprognose. Es komme vielmehr der Untersuchungsgrundsatz von Art. 12 VwVG zur Anwendung, der die Mitwirkungspflicht der Parteien nach Art. 13 VwVG ergänze. Bei einer summarischen Prüfung sprächen auch die übrigen Argumente der Beschwerdeführerin nicht per se gegen die Rechtmässigkeit des strittigen Energietarifs. Insbesondere gälten die Elektrizitätstarife mindestens für ein Jahr und seien jeweils per 31. August zu publizieren (Art. 6 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 1 StromVG i.V.m. Art. 10 StromVV). Nachträgliche (unvorhersehbare) Veränderungen würden systemkonform über den Mechanismus der Deckungsdifferenzen korrigiert. Die Kostenermittlung und anschliessende Tarifierung erfolge nach der sog. Cost-Plus-Methode gestützt auf Art. 6 Abs. 5 und allenfalls Abs. 5bis StromVG. Direkte Aussagen über die Angemessenheit eines konkreten Tarifs könnten weder aus der Eigenproduktion der Verteilnetzbetreiberin, aus der Verdoppelung der Tarifhöhe bei sinkenden Grosshandelspreisen noch aus dem Vergleich mit den Energietarifen anderer

A-4335/2023 Seite 14 Verteilnetzbetreiberinnen abgeleitet werden. Es sei demnach nicht möglich, eine Hauptsachenprognose zu treffen. Der Endentscheid, so die Vorinstanz in der

weiteren Begründung, stehe zwar nicht unmittelbar bevor, das Verfahren werde sich aber nicht über Jahre erstrecken. Die Beschwerdeführerin lasse bei ihrer Kritik an der Verfahrensführung unberücksichtigt, dass die Datenanalyse und der Schriftenwechsel parallel liefen. Es bestehe daher keine Dringlichkeit. Vorliegend seien die Interessen am Erlass der vorsorglichen Massnahmen finanzieller Natur. Die jederzeitige Belieferung mit Strom, d.h. die physikalische Verfügbarkeit von Elektrizität, sei unbestritten. Was die Belege der Beschwerdeführerin betreffe, so zeige der (...) Index zwar, dass sich das Preisdelta (...) zwischen Westeuropa und Asien/Fernost seit Mitte 2021 vergrössert habe. Die Beschwerdeführerin habe indes nicht substantiiert, inwiefern das zusätzliche Preisdelta tatsächlich existenzbedrohend sowie ausschliesslich oder grossmehrheitlich auf die Elektrizitätspreise zurückzuführen sei. Die Preisunterschiede zwischen den geographischen Zonen dürften aufgrund einer summarischen Betrachtung strukturell sowie von Faktoren bedingt sein, die nicht bzw. nicht grossmehrheitlich mit den Elektrizitätspreisen zusammenhängen. Die gesamte Zone Westeuropa liege preislich höher als die Zone Asien/Fernost. Es entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die globale Konkurrenzfähigkeit von Asien/Fernost nicht zuletzt auch dank (mitunter massiv) geringerer Lohnkosten besonders ausgeprägt sei. Der Entscheid, Investitionen allenfalls zu verlagern, könnte ebenso gut von den grundsätzlichen strukturellen Nachteilen von Westeuropa bedingt sein und auch ohne höhere Elektrizitätspreise in Erwägung gezogen werden. Im Übrigen sei die Aussagekraft der Grafiken zur Reduktion der Bestellungseingänge und des Verkaufsvolumens fraglich, da die Zahlen zum Zeitpunkt der Erstellung noch nicht vollständig vorgelegen hätten. Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil liege somit nicht vor. Mit vorsorglichen Massnahmen könnten allfällige strukturelle Nachteile eines Wirtschaftssektors nicht ausgeglichen werden.

### **E. 6.1**

Strittig und nachfolgend zu prüfen ist, ob die Vorinstanz dem prozessualen Antrag der Beschwerdeführerin vom 31. Mai 2023 auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen hätte stattgeben müssen. Konkret fordert die Beschwerdeführerin, dass die Tarifierhöhung 2023 für die Dauer des Hauptverfahrens nicht angewendet werde. Es sei stattdessen weiterhin der tiefere Energietarif 2022 zu übernehmen, eventualiter ein Mittelwert zwischen A-4335/2023 Seite 15 dem Energietarif 2022 und 2023. Wie eingangs aufgezeigt, dürfte ihr Antrag allenfalls auf eine einstweilige finanzielle Rückabwicklung der Tarifierhöhung 2023 hinauslaufen. Unbestritten ist dabei, dass die Beschwerdegegnerin den Produktionsstandort (...) weiterhin mit Elektrizität versorgt (vgl. E. 1.2 f.).

### **E. 6.2**

Vorsorgliche Massnahmen sind Anordnungen der Verfahrensleitung, die einen Zustand im Zeitraum zwischen Rechtshängigkeit und Abschluss des Verfahrens regeln. Sie können auch im erstinstanzlichen Verfahren in analoger Anwendung von Art. 56 VwVG erlassen werden und bezwecken, die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung zu sichern. Die Massnahmen sind akzessorisch zur Hauptsache. Sie können nur zum Schutz von Interessen angeordnet werden, die innerhalb des Streitgegenstands liegen. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, d.h. es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Weiter muss der Verzicht auf solche Massnahmen für den Betroffenen einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse

genügt. Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand soll weder präjudiziert noch verunmöglicht werden. Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die Hauptsachenprognose kann dabei berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist. Bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen. Beim Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist zu beachten, dass die Vorinstanz über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügt (vgl. zum Ganzen BGE 130 II 149 E. 2.2, 127 II 132 E. 3; Urteil des BGer 1C\_251/2020 vom 8. November 2021 E. 5.1; Urteile des BVGer A-5236/2018 vom 9. März 2020 E. 5 i.V.m. E. 1.1.1 und A-2923/2015 vom 27. Juli 2015 E. 1.3.2; HANSJÖRG SEILER, in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 56 Rz. 18 ff.; MOSER et al., a.a.O., Rz. 3.32; je mit weiteren Hinweisen).

### **E. 6.3**

Die Beschwerdeführerin ist Endverbraucherin, die auf den Netzzugang verzichtet und damit das Recht hat, von der Beschwerdegegnerin als zuständige Verteilnetzbetreiberin jederzeit Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Tarifen zu beziehen (vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG). Im Streitfall entscheidet die Vorinstanz darüber gestützt auf

A-4335/2023 Seite 16 Art. 22 Abs. 2 Bst. a StromVG (vgl. BGE 142 II 451 E. 3.6.2 mit Hinweisen). Soweit sich die Beschwerdeführerin ausdrücklich auf Art. 6 Abs. 1 StromVG beruft, ist festzuhalten, dass diese Bestimmung keine spezialgesetzliche Regelung zum einstweiligen Rechtsschutz enthält. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die gesetzliche Formulierung "jederzeit" auf den Zeitraum zwischen Rechtshängigkeit und dem Abschluss des Verfahrens erstrecken könnte. Ob dem prozessualen Antrag der Beschwerdeführerin stattzugeben ist oder nicht, richtet sich vielmehr nach den vorgenannten allgemeinen Vorgaben von Art. 56 VwVG (vgl. auch Zwischenverfügung des BVGer A-5452/2009 vom 16. Februar 2010 E. 3 ff.).

### **E. 7.1**

Zunächst ist auf die Hauptsachenprognose einzugehen. Beim Erlass von vorsorglichen Massnahmen kann sie berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist (vgl. E. 6.2).

### **E. 7.2**

Im vorinstanzlichen Hauptverfahren ist der Schriftenwechsel noch im Gang. Parallel dazu werden die Unterlagen der Beschwerdegegnerin zum Energietarif 2023 ausgewertet. Bei einer summarischen Prüfung des derzeitigen Verfahrensstandes ist nicht erkennbar, dass die Beschwerdegegnerin im Verfahren den Mitwirkungspflichten nach Art. 13 VwVG nicht nachgekommen wäre und der Vorinstanz eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, eine Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung vorgehalten werden kann, wie von der Beschwerdeführerin gerügt. Doch selbst wenn sich diese Einwände als begründet erweisen würden, wäre deswegen nicht unmittelbar auf die Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdeführerin abzustellen. Ein solches Vorgehen widerspräche dem Untersuchungsgrundsatz, demgemäss die Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen feststellt (Art. 12 VwVG; vgl. MOSER et al., a.a.O., Rz. 1.49 ff. mit Hinweisen). Es wäre auch mit dem Grundsatz der freien

Beweiswürdigung nicht vereinbar, wonach die Vorinstanz die Beweisweise frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen hat (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP; vgl. MO-SER et al., a.a.O., Rz. 3.140 mit Hinweisen). Die Sachverhaltserhebungen der Vorinstanz sind derzeit noch nicht abgeschlossen. Sollte es zutreffen, dass die Beschwerdegegnerin den Mitwirkungspflichten nicht oder nicht ausreichend Folge leistet, wäre dies ein Gesichtspunkt unter anderen in der freien Beweiswürdigung im Endentscheid. Zum jetzigen Zeitpunkt wird der materielle Ausgang des Hauptverfahrens durch das Verhalten der Beschwerdegegnerin nicht vorgezeichnet. Eine eindeutige

A-4335/2023 Seite 17 Hauptsachenprognose ist demnach aus den verfahrensbezogenen Rügen der Beschwerdeführerin nicht abzuleiten. Bei einer summarischen Betrachtung der materiellen Parteistandpunkte kann das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 7. Dezember 2022 – wie die Vorinstanz in ihrer Zwischenverfügung zu Recht festhält – weder als eindeutig oder überwiegend aussichtsreich noch als aussichtslos bezeichnet werden. Die Beschwerdeführerin bringt eine Reihe von Rügen gegen die Tarifierhöhung 2023 vor, die ihrerseits von der Beschwerdegegnerin bestritten werden. Im Hauptverfahren werden verschiedene tatsächliche und rechtliche Aspekte hinsichtlich des Energietarifs 2023 zu prüfen sein, die sich schon aufgrund ihrer Komplexität im Rahmen einer summarischen Prüfung nicht beurteilen lassen. Dies hat namentlich für die Rüge der Beschwerdeführerin zu gelten, beim Energietarif seien die langfristigen Bezugsverträge unzureichend berücksichtigt. Desgleichen können allfällige Streitfragen betreffend die Deckungsdifferenzen nicht schon zum jetzigen Zeitpunkt, sondern erst gestützt auf eine abgeschlossene Sachverhaltserhebung im Endentscheid hinreichend beurteilt werden. Prima-facie erscheint es im konkreten Fall ausserdem nicht ausgeschlossen, dass sich die Rügen der Beschwerdeführerin wegen des zeitlichen Ablaufs der Tarifierung zumindest als teilweise unbegründet erweisen könnten. Die Klärung all dieser Fragen steht noch aus. Soweit sich die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Hauptsachenprognose ergänzend auf den unverändert gebliebenen Tarif 2023 der BKW Energie AG beruft, ist zu erwarten, dass deren Tarifberechnung andere Verhältnisse als bei der Beschwerdegegnerin zugrunde liegen dürften. Die Beschwerdeführerin kann sich ferner auch nicht auf den Bericht des Tages-Anzeigers mit dem Titel "Branchenaufsicht kritisiert Anstieg der Strompreise" vom 24. Juli 2023 stützen. Dieser kurze Artikel, der sich nur andeutungsweise auf die Gewinnoptimierung einer "Reihe von Netzbetreibern" bezieht, vermag keine Entscheidprognose für das vorliegende Verfahren zu begründen.

### **E. 7.3**

Es lässt sich somit keine eindeutige Aussage zum Ausgang des Hauptverfahrens treffen. Der Hauptsachenprognose kommt beim Entscheid über die beantragten vorsorglichen Massnahmen keine massgebliche Bedeutung zu.

### **E. 8.1**

Des Weiteren ist nach dem Anordnungsgrund für die vorsorglichen Massnahmen zu fragen. Ein solcher liegt vor, wenn der Verzicht einen nicht

A-4335/2023 Seite 18 leicht wieder gutzumachenden Nachteil für die Beschwerdeführerin zur Folge hätte und Dringlichkeit besteht (vgl. E. 6.2).

### **E. 8.2**

Als Anordnungsgrund macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, die Tarifierhöhung 2023 um über 100 % gegenüber 2022 führe zum Verlust der internationalen Wettbewerbsfähigkeit des Standorts (...). Was an Produktionsvolumen und -kapazitäten, Bestellungen und Verkaufsvolumen, Kundenbeziehungen, Arbeitsplätzen und Mitarbeitenden einmal weggefallen sei, könne nicht einfach wiederhergestellt werden. Der jährliche Verbrauch an elektrischer Energie liege zwischen 12 und 15 GWh, weshalb die Elektrizitätskosten einen erheblichen Teil der Produktionskosten ausmachen würden. Hierzu reichte sie folgende Belege ein: – Protokollauszug der Vorstandssitzung der D.\_\_\_\_\_ vom 2. Mai 2023; – Aktualisierte Übersichten Verkaufsvolumen und Bestellungseingänge; – Grafik (...); – Kantonale Verfügung vom (...) 2023 betreffend Kurzarbeitsentschädigung. Die Beschwerdeführerin beruft sich in erster Linie auf den Protokollauszug der Vorstandssitzung der D.\_\_\_\_\_ vom 2. Mai 2023. Darin sei festgehalten, dass infolge der Energiekosten das Ausbauprojekt gestoppt werde, die Investitionen gekürzt und (...) verstärkt aus Asien beschafft würden. Dem ist indes entgegenzuhalten, dass die Beschwerdeführerin eine Tochtergesellschaft der D.\_\_\_\_\_ ist, womit es sich beim Inhalt des Protokolls quasi um eine Parteibehauptung handelt. Der Protokollauszug bezieht sich dabei allgemein auf die Entwicklung der Elektrizitätskosten vor Ort und nicht spezifisch auf die hier relevante Anwendbarkeit der Tarifierhöhung 2023 während des laufenden Hauptverfahrens. Was die weiteren Belege betrifft, so weisen die Übersichten der Beschwerdeführerin eine Abnahme bei den Bestelleingängen und beim Verkaufsvolumen im Jahr 2023 gegenüber 2022 aus. Aus ihnen erschliesst sich allerdings nicht, in welchem Umfang der Rückgang durch den Verzicht auf die beantragten vorsorglichen Massnahmen bedingt sein könnte. Auch die eingereichte Grafik (...) beschränkt sich darauf, die Entwicklung des Preisdeltas zwischen Westeuropa und Asien/Fernost abzubilden, ohne dessen Bezug zu den Energiekosten aufzuzeigen. Gleichfalls lässt sich der kantonalen Verfügung vom (...) 2023 nicht entnehmen, aus welchen Gründen die Kurzarbeit angemeldet wurde.

A-4335/2023 Seite 19 Im Schriftenwechsel äussert sich die Beschwerdeführerin sodann eingehend zu den wirtschaftlichen Nachteilen, mit denen sich ihr Unternehmen – besonders im Hinblick auf die Konkurrenz aus dem asiatischen Raum – derzeit und zukünftig konfrontiert sieht. Bei alledem unterlässt sie es jedoch substantiiert darzulegen, inwiefern diese Nachteile auf den Verzicht von vorsorglichen Massnahmen zurückzuführen sind. Die Ausführungen sowie Belege der Beschwerdeführerin lassen bei einer summarischen Prüfung zwar auf eine erschwerte wirtschaftliche Lage des Produktionsstandortes (...) schliessen. Es ist damit aber noch nicht mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit glaubhaft gemacht, dass die geltend gemachten Nachteile ganz oder zumindest in erheblichem Ausmass mit der vorliegenden Streitsache im Zusammenhang stehen. Mit der Vorinstanz ist einig zu gehen, dass vorsorgliche Massnahmen sich akzessorisch auf die Hauptsache beziehen müssen (vgl. E. 6.2). Der provisorische Rechtsschutz während des Verfahrens kann nicht dazu dienen, anderweitige Nachteile von der Beschwerdeführerin abzuwenden.

### **E. 8.3**

Gemäss Rechtsprechung beruht der Entscheid über die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen grundsätzlich auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage (vgl. E. 4.3 und 6.2). Es ist folglich nicht angezeigt, die unternehmerischen Entscheidungen der Beschwerdeführerin bzw. der D.\_\_\_\_\_ zum Produktionsstandort

(...) vertieft abzuklären. Gleiches gilt für die Verhältnisse auf den internationalen Märkten, in denen die Beschwerdeführerin tätig ist. Im Rahmen der summarischen Prüfung ist darauf hinzuweisen, dass – auch im Falle des Erlasses der beantragten vorsorglichen Massnahmen – die Energiekosten am Standort (...) höher ausfallen dürften als vielerorts im Ausland. Soweit die Beschwerdeführerin allein infolge der Energiekosten eine verstärkte Produktionsverlagerung besonders in den asiatischen Raum befürchtet, könnte dies unabhängig von der angefochtenen Zwischenverfügung eintreten. Selbst in Berücksichtigung des hohen Stromverbrauchs des Unternehmens kann sodann nicht ohne Weiteres gesagt werden, dass dessen wirtschaftliche Entwicklung unwiderruflich von der Anwendbarkeit der Tarifierhöhung 2023 während des laufenden Hauptverfahrens abhängig ist. Wie eben gesehen, wird dies von der Beschwerdeführerin anhand der eingereichten Belege auch nicht hinreichend glaubhaft gemacht (E. 8.2). Bei den vorliegenden Gesamtumständen erscheint es vielmehr naheliegend, dass die internationale Wettbewerbsfähigkeit des

A-4335/2023 Seite 20 Produktionsstandorts massgebend durch andere Marktfaktoren bestimmt wird, die über den Verzicht auf vorsorgliche Massnahmen hinausführen. Bei der Beurteilung des Anordnungsgrundes gilt es einerseits zu bedenken, dass die Beschwerdeführerin ihre Forderung nachträglich durchsetzen kann, sollte die Vorinstanz das Gesuch vom 7. Dezember 2022 im Entschcheid gutheissen und dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen. Die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin und damit die Einbringlichkeit allfälliger Rückerstattungsansprüche stehen nicht zur Diskussion, sofern diese nicht ohnehin über die Deckungsdifferenzen in den nachfolgenden Tarifjahren ausgeglichen werden. Andererseits dürfte die Beschwerdeführerin selbst im Falle der Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen wohl nicht umhin kommen, dem Risiko, dass sie in der Hauptsache unterliegen könnte, durch Bildung entsprechender Rückstellungen Rechnung zu tragen. Sie hätte somit so oder anders gewisse wirtschaftliche Nachteile während des laufenden Hauptverfahrens zu gewärtigen. Erst ein rechtskräftiger Entscheid ermöglicht ihr die gewünschte Planungssicherheit für den Produktionsstandort (...). Diese Umstände sprechen ebenfalls gegen den Standpunkt der Beschwerdeführerin.

#### **E. 8.4**

Vor dem Hintergrund der zurückhaltenden Überprüfung bei der Beurteilung von Fachfragen (vgl. E. 2) sowie des vorinstanzlichen Ermessensspielraums beim Erlass von vorsorglichen Massnahmen (vgl. E. 6.2) sieht das Bundesverwaltungsgericht keinen Anlass, von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen. In der angefochtenen Zwischenverfügung wird überzeugend dargelegt, dass der Beschwerdeführerin keine nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteile während des laufenden Hauptverfahrens drohen, die ganz oder in erheblicher Weise auf den Energietarif 2023 zurückzuführen sind. Für die beantragten vorsorglichen Massnahmen fehlt es folglich an einem Anordnungsgrund. Das trifft gleichermassen auch für das Eventualbegehren zu. Hinsichtlich des Energietarifs 2023 ist es der Beschwerdeführerin zuzumuten, den Entscheid in der Hauptsache abzuwarten. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich auf die weiteren Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen einzugehen. Auch braucht nicht geklärt zu werden, ob sich diese überhaupt mit dem Stromversorgungsrecht vereinbaren lassen, wie die Beschwerdegegnerin ihrerseits einwendet.

A-4335/2023 Seite 21

## **E. 9**

Der vorinstanzliche Entscheid, auf den Erlass von vorsorglichen Massnahmen zu verzichten, erweist sich als bunderechtskonform und ist angesichts der genannten Überlegungen nicht unhaltbar. Entsprechend liegt – abweichend von der Sichtweise der Beschwerdeführerin – auch kein Verstoss gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV) vor.

## **E. 10**

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Vorinstanz den prozessualen Antrag der Beschwerdeführerin auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen zu Recht abgewiesen hat. Die Beschwerde gegen die angefochtene Zwischenverfügung ist somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

### **E. 11.1**

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu befinden.

### **E. 11.2**

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend. Sie hat daher die auf Fr. 1'200.-- festzusetzenden Verfahrenskosten zu übernehmen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

### **E. 11.3**

Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 ff. VGKE). Das Gericht setzt die Entschädigung aufgrund der Kostennote oder, sofern keine solche eingereicht wird, der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Vorliegend hat die obsiegende Beschwerdegegnerin Anspruch auf eine Parteientschädigung. Sie hat keine Kostennote eingereicht. In Anbetracht des mutmasslichen Zeitaufwands für das Verfahren erscheint eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- als angemessen. Diese wird der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Der unterliegenden Beschwerdeführerin steht keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Ebenso wenig hat die Vorinstanz einen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE). (Das Dispositiv befindet sich auf der folgenden Seite.)

A-4335/2023 Seite 22