

ELCOM 223-00004-2023-07-06-8maxpy vom 6. Juli 2023

ElCom, 2023-07-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_223-00004-2023-07-06-8maxpy

FR: ELCOM 223-00004-2023-07-06-8maxpy du 6 juillet 2023

IT: ELCOM 223-00004-2023-07-06-8maxpy del 6 luglio 2023

Erwägungen

E. 1

Zuständigkeit 31 Nach Artikel 62 Absatz 3 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0) entscheidet die ElCom – vorbehaltlich Artikel 62 Absatz 4 EnG – bei Streitigkeiten aufgrund der Artikel 15, 16 bis 18 und 73 Absätze 4 und 5 EnG. Die Artikel 16 ff. EnG regeln den Eigenverbrauch resp. den Zusammenschluss zum Eigenverbrauch (ZEV). 32 Gemäss Artikel 22 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) überwacht die ElCom 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 den Entscheid im Streitfall über den Netzzugang sowie die Überprüfung der Netznutzungstarife und -entgelte im Streitfall oder von Amtes wegen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a und b StromVG). 33 Im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach StromVG kommt der ElCom eine umfassende Kompetenz zu (Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-3343/2016 vom 10. Dezember 2013 E. 1.1.2.2). Sie ist daher grundsätzlich überall dort zuständig, wo die Entscheid- und Verfügungskompetenz nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A- 2850/2014 vom 28. Mai. 2015 E. 5.3). Ist dabei eine Frage aus einem anderen Rechtsgebiet zu beurteilen, die Auswirkungen auf den nach StromVG zu beurteilenden Sachverhalt hat, so darf die ElCom vorfrageweise darüber befinden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-6689/2012 vom 18. Februar 2014 E. 1.1.2; E 8.5). 34 Die ElCom ist somit zuständig bei Streitigkeiten hinsichtlich der stromversorgungsrechtlichen Folgen eines ZEV (Art. 18 Abs. 1 EnG). Die ElCom ist demnach zuständig, das vorliegende Gesuch zu beurteilen. Nicht unter das StromVG fallen hingegen Marktverträge wie der Stromliefervertrag im Beschaffungsabonnement zwischen der [...] AG und der [...] (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_518/2012 vom 23. November 2012 E. 2.2). Unter Vorbehalt einer Beurteilung von Vorfragen im oben erwähnten Sinne ist die ElCom daher nicht zuständig, solche Verträge zu beurteilen. Soweit der ZEV [...] sich etwa auf eine mangelhafte Beratung durch die [...] beruft und geltend macht, er sei von ihr gesetzeswidrig mit Strom beliefert worden (act. 9 S. 5), kann die ElCom nicht darüber befinden.

8/24 ElCom-D-E5AF3401/49

E. 1.2

des «Dienstleistungsvertrags Zusammenschluss zum Eigenverbrauch Basic» die Energielieferung nicht Bestandteil dieses Vertrages und unter dessen Titel findet sich zwar eine handschriftliche Ergänzung «mit Dienstleistung, siehe Mail 4.12.2020». Ein entsprechendes Mail befindet sich aber nicht bei den Akten und es ist weder wahrscheinlich noch bringt die Gesuchstellerin vor, dass damit die Energielieferung gemeint sein könnte.

21/24 ElCom-D-E5AF3401/49 74 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin nach dem Vertrauensprinzip aus dem Verhalten des ZEV [...] – insbesondere der Zahlung der ZEV-Stromrechnungen ab April 2021 – schliessen durfte bzw. musste, dass er mit Wissen und Willen im Markt versorgt wurde und dem Netzzugang somit konkludent zugestimmt hat. Aufgrund des Verhaltens der Gesuchsgegnerin und der [...] ist davon auszugehen, dass der Marktzugang im Einvernehmen mit den weiteren Beteiligten erfolgte. Der Anschluss des ZEV [...] befand sich seit Anfang April 2021 in Betrieb und auch die weiteren Voraussetzungen für einen Netzzugang waren zu jenem Zeitpunkt erfüllt. Spätestens durch die Zahlung der ersten Rechnungen für den ZEV-Anschluss hat die Gesuchstellerin als ZEV-Vertreterin somit gegen aussen unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass der ZEV ab seinem Anschluss im freien Markt versorgt wurde und dies auch wollte. Somit ist der Netzzugang zu diesem Zeitpunkt erfolgt. Nach dem Grundsatz «einmal frei, immer frei» kann er folglich – weder rückwirkend noch überhaupt – in die Grundversorgung wechseln. Damit sind die Anträge, er sei rückwirkend ab 1. April 2021 in der Grundversorgung einzustufen und die Gesuchsgegnerin habe die entsprechende finanzielle Rückabwicklung ab 1. April 2021 vorzunehmen, abzuweisen. Bei diesem Ergebnis kann einerseits offen bleiben, ob der ZEV [...] bereits vor der Gründung durch mündliche Erklärung oder auf konkludente Weise gegenüber der Gesuchsgegnerin eine Mitteilung bezüglich der Ausübung seines Rechts auf Netzzugang abgegeben hat. Andererseits erübrigt sich damit, auf den Vorwurf der Gesuchstellerin einzugehen, wonach die Gesuchsgegnerin den ZEV [...] in erpresserischer Weise zum Abschluss des Stromlieferungsvertrages vom 9. August 2022 gezwungen habe. 3.3.4 Fazit Nach dem Gesagten hat der ZEV [...] von seinem Recht auf Netzzugang Gebrauch gemacht. Wie oben erwähnt, beinhaltet dieser sämtliche Objekte auf den Parzellen mit den Grundstücksnummern [...], [...], [...] und [...] in der Gemeinde [...] mit Ausnahme des Wohnhauses [...] auf der Parzelle [...]. Folglich hat der ZEV [...] keinen Anspruch auf Grundversorgung. Das Gesuch ist vollumfänglich abzuweisen.

Parteientschädigung 75 Die Gesuchstellerin wie auch die Gesuchsgegnerin beantragen eine Parteientschädigung. 76 Weder das StromVG noch das VwVG sehen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren die Ausrichtung einer Parteientschädigung vor. Für eine analoge Anwendung von Artikel 64 VwVG, welcher das Beschwerdeverfahren betrifft, besteht kein Raum, da es sich beim Ausschluss von Parteientschädigungen im erstinstanzlichen Verfahren nicht um eine echte Lücke handelt, sondern dies vom Gesetzgeber bewusst so vorgesehen wurde (BGE 132 II 47 E. 5.2 mit weiteren Hinweisen). Aus diesem Grund werden vorliegend keine Parteientschädigungen gesprochen.

Gebühren 77 Die ElCom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung Gebühren (Art. 21 Abs. 5 StromVG, Art. 13a der Verordnung über Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich vom 22. November 2006 [GebV-En; SR 730.05]). Die Gebühren werden nach Zeitaufwand berechnet und betragen je nach Funktionsstufe des ausführenden Personals 75 bis 250 Franken pro Stunde (Art. 3 GebV-En).

22/24 ElCom-D-E5AF3401/49 78 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: 2 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250.00 Franken pro Stunde (ausmachend 500.00 Franken), 6 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 230.00 Franken pro Stunde (ausmachend 1'380 Franken), 44 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200.00 Franken pro Stunde (ausmachend 8'800.00 Franken) und 28 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz

von 180.00 Franken pro Stunde (ausmachend 5'040.00 Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von 15'720.00 Franken. 79 Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 1 Abs. 3 GebV-En i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Haben mehrere Parteien den Erlass einer Verfügung veranlasst, werden die dadurch entstandenen Gebühren nach dem Unterliegerprinzip auferlegt. Dies entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der für zahlreiche kostenpflichtige staatliche Verfahren üblich ist (siehe KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 653; BGE 132 II 47 E. 3.3). 80 Die Gesuchstellerin hat mit ihrem Gesuch die vorliegende Verfügung veranlasst und unterliegt mit ihren Anträgen. Deshalb sind ihr die Verfahrensgebühren vollumfänglich aufzuerlegen.

23/24 ElCom-D-E5AF3401/49 Entscheid Gestützt auf diesen Erwägungen wird verfügt:

E. 2

Aufl., Zürich 2016, Art. 6 N 4, 17; je mit weiteren Hinweisen). 36 Die Gesuchsgegnerin ist Netzbetreiberin in der Gemeinde [...]. Im vorliegenden Verfahren ist die Frage streitig, ob sie gemäss Artikel 6 Absatz 1 StromVG dazu verpflichtet ist, den ZEV [...] mit Elektrizität in der Grundversorgung zu beliefern. Damit ist die Gesuchsgegnerin vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen. Die Gesuchsgegnerin hat somit Parteistellung nach Artikel 6 VwVG. 37 In Verfahren vor Behörden ist als Partei nur zuzulassen, wer partei- und prozessfähig ist. Dies sind natürliche und juristische Personen des Privatrechts sowie des öffentlichen Rechts. Trotz fehlender Rechtspersönlichkeit als parteifähig zugelassen werden die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (MARANTELLI-SONANINI VERA/HUBER SAID, a.a.O., Art. 6 N 12 f.; WIEDERKEHR RENÉ/MEYER CHRISTIAN/BÖHME ANN, in: *VwVG Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren mit weiteren Erlassen*, 1. Aufl., Zürich 2022, Art. 6 N 7; je mit Hinweisen). Gemäss Artikel 712l Absatz 2 des Schweizerisches Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) kann ferner die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer unter ihrem Namen klagen und betreiben, sowie beklagt und betrieben werden. Nicht parteifähig ist hingegen die einfache Gesellschaft. Bei dieser liegt allerdings ein Gesamthandverhältnis vor, weshalb ihre Gesellschafter eine notwendige Streitgenossenschaft darstellen und Prozesshandlungen grundsätzlich nur gemeinsam und übereinstimmend vornehmen dürfen (MARANTELLI-SONANINI VERA/HUBER SAID, a.a.O., Art. 6 N 11 u. 13; BGE 131 I 153 E. 5.4; Urteil des Bundesgerichts 8C_616/2021 vom 23. September 2022; je mit Hinweisen).

9/24 ElCom-D-E5AF3401/49 38 Sind am Ort der Produktion mehrere Grundeigentümer Endverbraucher, so können sie sich zum gemeinsamen Eigenverbrauch zusammenschliessen (vgl. Art 17 Abs. 1 EnG). Grundeigentümer können einen gemeinsamen Eigenverbrauch am Ort der Produktion auch für Endverbraucher vorsehen, die zu ihnen in einem Miet- oder Pachtverhältnis stehen (Art. 17 Abs. 2 EnG). Dabei ist nicht zwingend erforderlich, dass es sich um mehrere Grundeigentümer handelt (Ziff. 3 des Leitfadens Eigenverbrauch, ausgearbeitet im Auftrag von Energie Schweiz durch Swissolar, dem Hauseigentümerverband [HEV Schweiz], dem Schweizerischen Mieterinnen- und Mieterverband [SMV] und unter Einbezug des Verbands Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen [VSE], Version 3.0, Mai 2023 [nachfolgend: Leitfaden Eigenverbrauch], abrufbar mit Eingabe des Suchbegriffs unter www.bfe.admin.ch > News

und Medien > Publikationen). Endverbraucher, die sich zum gemeinsamen Eigenverbrauch zusammenschliessen, sind nach dem Zusammenschluss wie ein Endverbraucher zu behandeln (Art. 18 Abs. 1 EnG). Stromversorgungs- und energierechtlich treten somit der ZEV und nicht die am ZEV teilnehmenden Endverbraucher eigenständig auf (Verfügung der ElCom 223-00005 vom 13. Dezember 2022 Rz. 66; abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Verfügungen > Verfügungen 2022). Mangels ausdrücklicher Ermächtigung, im eigenen Namen zu prozessieren, wird dem ZEV dadurch aber keine Partei- und Prozessfähigkeit eingeräumt. Die weiteren Normen des eidgenössischen Energie- und Stromversorgungsrechts oder des übrigen Bundesrechts enthalten keine entsprechende Bestimmung und schreiben für einen ZEV keine bestimmte Rechtsform vor. Aufgrund des öffentlichen Rechts kommt einem ZEV folglich keine (eigene) Partei- und Prozessfähigkeit zu. Mangels spezifischer Formvorschriften kann ein ZEV als juristische Person vertraglich oder reglementarisch (bei Stockwerkeigentum) begründet werden, oder auch in Form einer vertraglichen Lösung gebildet werden (siehe Ziff. 2.2 des Leitfadens Eigenverbrauch). 39 Auf telefonische Nachfrage des Fachsekretariats der ElCom hat Rechtsanwältin MLaw [...] bestätigt, dass mit Ausnahme des Wohnhauses [...] auf der Parzelle [...] sämtliche Objekte auf den Parzellen mit den Grundstücksnummern [...], [...], [...] und [...] in der Gemeinde [...] zum [...] ZEV gehören (act. 22). Die [...] AG ist Alleineigentümerin dieser Grundstücke und fungiert auch als ZEV-Vertreterin (act. 22 Beilage 9 und 10). Der ZEV besteht aus der [...] AG als Grundeigentümerin und 49 Mietparteien (act. 22 Beilage 7). Von diesen Mietparteien haben 37 der Einleitung des ElCom-Verfahrens 223-00004 ausdrücklich zugestimmt und die [...] AG als ihre Vertreterin bezeichnet (act. 22 Beilage 7). 40 Der ZEV [...] hatte bei der ElCom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingereicht und führt in der Begründung bloss aus, er befinde sich als «neue Rechtseinheit» in der Grundversorgung (act. 1 S. 3 Ziff. 5). Wie oben erläutert, kann der ZEV als solcher in einem Verfahren aber nicht selbständig auftreten, um seine Rechte geltend zu machen. Daher ist der ZEV stromversorgungsrechtlich zwar als neuer Endverbraucher zu behandeln, hat von Gesetzes wegen jedoch keine Rechtspersönlichkeit. Der ZEV bringt ferner nicht vor, dass er als juristische Person, als Kollektiv- und Kommanditgesellschaft gegründet worden sei. Er ist auch nicht im Handelsregister eingetragen (www.zefix.ch, Stichwortsuche «[...]», durchgeführt am 13. Juni 2023). Daher kann offen gelassen werden, ob es überhaupt zulässig wäre, einen Mieter-ZEV wie den vorliegenden als juristische Person, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft zu betreiben. Da an den betroffenen Grundstücken kein Stockwerkeigentum besteht, kann der ZEV auch nicht Teil einer Stockwerkeigentümergeinschaft sein. Folglich soll die Verfügung zwar die Rechte und Pflichten des ZEV [...] berühren. Mangels Rechtspersönlichkeit ist der ZEV jedoch nicht befugt, diese selbständig geltend zu machen.

10/24 ElCom-D-E5AF3401/49 41 Daher ist weiter zu prüfen, wie der ZEV seine Rechte gegenüber der Gesuchsgegnerin als Netzbetreiberin geltend zu machen hat. Aus Artikel 16 Absatz 4 und Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe a EnV ergibt sich in diesem Zusammenhang lediglich, dass festzulegen ist, wer den ZEV gegen aussen vertritt, und dass der Vertreter des ZEV dem Netzbetreiber mitzuteilen ist. Ansonsten bestehen keine spezifischen Vorschriften hinsichtlich der Geltendmachung von Rechten des ZEV oder seiner Teilnehmer. Über die genannten Vorschriften hinaus hat der Bundesrat bisher noch nicht von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht, Bestimmungen zu den Bedingungen zu erlassen, unter denen Mieter ihre im StromVG begründeten Ansprüche geltend machen können (vgl.

Art. 18 Abs. 2 Bst. b EnG). Bei ZEV mit Mietern ist der Grundeigentümer einziger Vertragspartner des Verteilnetzbetreibers. Er entscheidet alleine über den Absatz von Stromüberschüssen, die nicht am Ort der Produktion verbraucht werden und haftet alleine für Forderungen des Verteilnetzbetreibers und andere Ausstände im Zusammenhang mit der Strombeschaffung und -verteilung (vgl. Leitfaden Eigenverbrauch Ziff. 3.1 Abs. 2). Die [AG] ist als ZEV-Teilnehmerin und alleinige Grundeigentümerin auch alleinige Vertragspartnerin der Gesuchsgegnerin. Überdies fungiert die [...] AG als Vertreterin des [...] ZEV und gilt als solche bevollmächtigt, sämtliche notwendigen Willenserklärungen im Zusammenhang mit der Begründung und dem Betrieb des ZEV rechtswirksam für den ZEV abzugeben und zu empfangen. Sie ist die alleinige Ansprechperson der Gesuchsgegnerin und haftet im Falle einer ungenügenden Bevollmächtigung (vgl. Ziff. 2.1 des Anmeldeformulars ZEV [act. 22]). Vom Ausgang des Verfahrens wird somit in erster Linie die [...] AG in ihren Rechten und Pflichten betroffen. Die Mieter haben die Gelegenheit erhalten, sich zur Einsetzung der [...] AG als Partei zu äussern und haben keine Einwände geltend gemacht. Als im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft, deren Organe bestellt sind, ist diese ohne Weiteres partei- und prozessfähig (vgl. Art. 54 ZGB und den am 14. Juni 2023 als PDF gedruckten Auszug aus dem Handelsregister des Kantons [...] [act. 24]). Der [...] AG kommt daher Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu und sie ist als Verfahrenspartei aufzunehmen. Sie wird nachfolgend als Gesuchstellerin bezeichnet. Da Rechtsanwalt Dr. [...] als Vertreter des [...] ZEV auftritt und zugleich Verwaltungsrat der [...] AG ist, ist zudem davon auszugehen, dass die [...] AG Kenntnis von den Eingaben im vorliegenden Verfahren hat und diese genehmigt hat. Die im Namen des ZEV [...] eingereichten Eingaben werden daher als ihre Eingaben behandelt.

11/24 ElCom-D-E5AF3401/49 42 In Ziffer 2.1 des Leitfadens Eigenverbrauch wird ausgeführt, bei einem ZEV sei das Rechtsverhältnis unter den Beteiligten im Ergebnis immer als einfache Gesellschaft im Sinne von Artikel 530 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220) zu qualifizieren. Bei ZEV mit Mietern trifft das aber nicht zu. So definiert das Gesetz die einfache Gesellschaft als vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln (Art. 530 Abs. 1 OR). Bei der Miete handelt es sich definitionsgemäss um einen Vertrag, mit welchem der Vermieter dem Mieter gegen Leistung eines Mietzinses eine Sache zum Gebrauch überlässt (Art. 253 OR). Mit Ausnahme von Spezialverhältnissen wie nicht gewinnorientierten Wohnbaugenossenschaften hat der Vermieter dabei in der Regel ein Interesse an einem hohen und der Mieter an einem tiefen Mietzins. Dies gilt auch für die Stromlieferungen, wenn der Vermieter als Grundeigentümer im Rahmen eines ZEV zu ihm in einem Mietverhältnis stehende Endverbraucher mit Strom versorgt. Davon ist auch der Gesetzgeber ausgegangen, der in diesem Zusammenhang zudem ein Schutzbedürfnis der Mieter ausgemacht hat. So hat er nicht nur vorgesehen, dass Grundeigentümer die mit der Einführung des gemeinsamen Eigenverbrauchs verbundenen Kosten selber zu tragen haben und nicht auf Mieter oder Pächter überwälzen dürfen (Art. 17 Abs.

E. 2.1

Parteien 35 Als Parteien gelten nach Artikel 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Neben den materiellen

Verfügungsadressaten gelten somit auch die nach Artikel 48 VwVG Beschwerdeberechtigten als Parteien. Dies ist einerseits, wer (kumulativ) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a); durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b); und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Zur Beschwerde berechtigt sind andererseits Personen, Organisationen und Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt (Art. 48 Abs. 2 VwVG). Aufgrund dieser offenen Begriffsbeschreibung muss die rechtsanwendende Behörde von Amtes wegen bestimmen, wer als Partei ins Verfahren miteinzubeziehen ist. Zu diesem Zweck hat die verfügende Behörde mit Blick auf den konkreten Verfahrensgegenstand und das Rechtsschutzinteresse der Verfahrensbeteiligten zu beurteilen, wem nach Artikel 6 VwVG Parteistellung zukommen soll und deshalb zur Teilnahme einzuladen ist (MARANTELLI-SONANINI VERA/HUBER SAID, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz,

E. 4

EnG). Er hat den Bundesrat auch ermächtigt, Bestimmungen zur Prävention von Missbräuchen gegenüber Mietern zu erlassen (Art. 18 Abs. 2 Bst. a EnG). Der Bundesrat hat dies getan und Regeln aufgestellt, wie den Mietern die Kosten der extern bezogenen und der intern produzierten Elektrizität anzulasten sind (vgl. Art. 16 EnV). Dazu führt er aus, dass Mieter und Pächter aufgrund ihrer regelmässig schwächeren Verhandlungsposition in einem ZEV mit Grundeigentümern einen gewissen Schutz erfahren sollen. Beim Zusammenschluss von Grundeigentümern bestehe indessen kein gesetzlicher Schutzbedarf (siehe S. 7 der Erläuterungen zur Totalrevision der Energieverordnung, abrufbar unter www.bfe.admin.ch > News und Medien > Publikationen Ausführungsbestimmungen vom 1. November 2017 zum neuen Energiegesetz: Erläuterungen). Wie oben erwähnt ist der Grundeigentümer zudem einziger Vertragspartner des Verteilnetzbetreibers und haftet alleine für Forderungen des Verteilnetzbetreibers und andere Ausstände im Zusammenhang mit der Strombeschaffung und -verteilung (vgl. Leitfaden Eigenverbrauch Ziff. 3.1 Abs. 2).

12/24 ElCom-D-E5AF3401/49 43 Die involvierten Interessen sind mehrheitlich nicht gemeinsam, sondern entgegengesetzt. Folglich liegen in der Regel weder ein gemeinsamer Zweck vor noch werden gemeinsame Kräfte oder Mittel eingesetzt. Im hier zu beurteilenden Fall ist jedenfalls nicht ersichtlich, dass eine dieser Voraussetzungen erfüllt wäre. So ist die Grundeigentümerin nicht etwa eine Genossenschaft, sondern eine Aktiengesellschaft deren Gesellschaftszweck folgendermassen umschrieben ist: Erbringung von Management-Dienstleistungen gruppenintern und an Dritte; Beteiligungen; Erwerb, Belastung, Veräusserung und Verwaltung von Grundeigentum; Vornahme von Finanzierungen sowie Eingehung von Garantien und Bürgschaften für Tochtergesellschaften und Dritte (siehe act. 24). Ausserdem handelt es sich bei den Mietobjekten des ZEV soweit ersichtlich fast ausschliesslich um Geschäftsräumlichkeiten und die Mieter scheinen mehrheitlich ebenfalls gewinnorientierte Betriebe zu sein (act. 22 Beilage 7). Auf den vier ZEV-Grundstücken neben dem nicht von der Gesuchstellerin versorgten Wohnhaus [...] liegt nämlich nur ein weiteres Wohnhaus und dessen Wert beträgt nicht einmal 10 % des Gebäudeversicherungswerts der anderen Gebäude auf der Liegenschaft Nr. [...] (vgl. act. 22 Beilage 7 S. 2 des betreffenden Grundbuchauszugs). Daher ist davon auszugehen, dass die Vermieterin den erzeugten Strom den Mietern zu einem möglichst hohen Preis veräussern will und Letztere ein gegenteiliges Interesse haben.

Selbst wenn die Gesuchstellerin auch am gemeinsamen Eigenverbrauch teilnimmt, ist das Verhältnis zwischen ihr und den Mietern des ZEV [...] folglich nicht als einfache Gesellschaft zu qualifizieren. Es bestehen auch keine Anzeichen für das Vorliegen eines anderen Gesamthandverhältnisses, weshalb die Mitglieder des ZEV [...] keine notwendige Streitgenossenschaft bilden. Daher müssen sie nicht alle als Partei aufgenommen werden und können nicht nur gemeinsam und übereinstimmend Prozesshandlungen vornehmen. Im Übrigen haben die Mieter die Gelegenheit erhalten, sich an dem Verfahren zu beteiligen und haben in der Mehrheit Rechtsanwalt Dr. [...] damit beauftragt, sie zu vertreten (act. 22). Bei den Mietern, die keinen Vertreter bezeichnet und sich nicht gemeldet haben, ist davon auszugehen, dass sie kein Interesse haben, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Deshalb kann auf das Gesuch eingetreten werden, obwohl ein Teil der Mieter Rechtsanwalt Dr. [...] nicht damit beauftragt hat, sie zu vertreten und auch keine ausdrückliche Abstandserklärung eingereicht hat (act. 22). 44 Wie oben erwähnt, gilt die Gesuchstellerin gemäss Ziffer 2.1 des Anmeldeformulars ZEV als Vertreterin des ZEV [...] ferner als bevollmächtigt, Willenserklärungen im Zusammenhang mit der Begründung und dem Betrieb des ZEV rechtswirksam für den ZEV abzugeben und zu empfangen. Obwohl die interne Organisation und die Regeln zur Beschlussfassung nicht bekannt sind, ist daher davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin gegen aussen alle Mieter bzw. ZEV-Mitglieder vertritt. Folglich konnte sie auch im Zusammenhang mit dem hier zu beurteilenden Sachverhalt grundsätzlich alleine für den ZEV [...] handeln. 45 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerin als Partei aufzunehmen ist und auch die übrigen Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind, weshalb auf das Gesuch einzutreten ist. Rechtliches Gehör 46 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Eingabe des ZEV [...] vom 29. September 2022 (act. 1) wurde der Gesuchsgegnerin zur Stellungnahme unterbreitet (act. 3). Überdies wurde die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 24. November 2022 (act. 7) dem ZEV [...] zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 8). Darüber hinaus wurden die Replik des ZEV [...] vom 12. Dezember 2022 (act. 9), die Duplik der Gesuchsgegnerin vom 20. Dezember 2022 (act. 11) sowie die weiteren Eingaben der Parteien der jeweils anderen Partei zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. act. 10-23). Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die ebendiesem Anträgen zugrundeliegenden Argumente werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

13/24 ElCom-D-E5AF3401/49 3 Materielle Beurteilung Vorbringen der Gesuchstellerin 47 Die Gesuchstellerin bringt zur Begründung ihrer Anträge im Wesentlichen vor, dass der ZEV [...] gemäss Artikel 18 Absatz 1 EnG und Artikel 11 Absatz 2 StromVV in seiner Eigenschaft als ZEV von den am ZEV teilnehmenden Endverbrauchern zu unterscheiden und wie ein einziger Endverbraucher zu behandeln sei. Dazu verweist sie auf eine Auskunft des Fachsekretariats der ElCom an [...] und [...], wonach ein ZEV nicht als Rechtsnachfolger eines einzelnen Endverbrauchers gelte, sondern eine von den am ZEV teilnehmenden Endverbrauchern zu unterscheidende wirtschaftliche Einheit und somit Verbrauchsstätte darstelle. Dies, da ein ZEV per Definition aus mehreren Parteien bestehe und ansonsten Unklarheit bestehen würde, von welcher Partei der ZEV nun genau der Nachfolger sei (act. 1 Rz. 10). Im Zeitpunkt der Gründung befinde sich ein ZEV daher grundsätzlich in der Grundversorgung, sofern für diesen ZEV noch kein Netzzugang erfolgt sei (act. 1 Rz. 11). Aus dem Umstand, dass die Gesuchstellerin sich im freien Markt befinde, könne daher nicht gefolgert werden, dass auch der ZEV [...] im freien Markt sei (siehe act. 1 Rz. 10). 48 Soweit die Gesuchsgegnerin sich auf den Grundsatz «einmal frei,

immer frei» berufe, sei weiter zu beachten, dass der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 23. November 2022 zur Motion 22.4014 die Relativierung dieses Grundsatzes im Zusammenhang mit ZEV bestätigt habe (act. 9 S. 7). 49 Hinsichtlich der Ausübung des Netzzuganges beruft sich die Gesuchstellerin darauf, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine klare Willensäusserung bzw. eine sogenannte Netzzugangsmitteilung der grundversorgten Endverbraucher an den Verteilnetzbetreiber vorausgesetzt werde (Urteil des Bundesgerichts 2C_739/2010 vom 6. Juli 2011 E. 2.2 und 5.2). Eine derartige (ausdrückliche oder konkludente) Willensäusserung sei hier weder von Seiten des ZEV [...] noch von Seiten der Mieter erfolgt (siehe act. 1 Rz. 11). Ebenso wenig habe der ZEV [...] jemals einen Stromliefervertrag mit [...] oder einem anderen Anbieter abgeschlossen. Er anerkenne durchaus, dass es die [...] gewesen sei, die ihm ab dem 1. April 2021 Strom geliefert habe. Diese Erkenntnis habe er aber erst einige Monate nach dem 1. April 2021 erlangt (act. 9 S. 4, 7). 50 Die Gesuchsgegnerin bringe vorliegend zum allerersten Mal vor, es habe eine mündliche oder bloss konkludente Willenserklärung des ZEV [...] gegeben. Bisher habe sie ausschliesslich mit ihrer fehlerbehafteten Rechtsauffassung bezüglich ZEV argumentiert (act. 9 S. 6). 51 Im Frühjahr 2021 habe die Gesuchstellerin der [...] den Auftrag erteilt, sie bei der Bildung eines ZEV zu begleiten und zu unterstützen. Die [...] habe die entsprechenden Dienstleistungen über die [...], eine Schwesterunternehmung der [...], offeriert (act. 1 Rz. 4). Die beiden Gesellschaften seien Rechnungsstellerinnen für diverse Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Bildung des ZEV gewesen und die Gesuchsgegnerin habe ebenfalls monatlich eigene Rechnungen gestellt (act. 9 S. 4). Es sei für den ZEV [...] nicht erkennbar gewesen, dass bei der Stromlieferung etwas schiefgelaufen sei, zumal er verständlicherweise auf die Expertise der [...] und der Gesuchsgegnerin in dieser ausserordentlich komplexen Materie vertraut habe (act. 9 S. 4). 52 Hinsichtlich des zwischen dem ZEV [...] und der Gesuchsgegnerin abgeschlossenen Stromliefervertrags vom 9. August 2022 bringt die Gesuchstellerin vor, dass die Gesuchsgegnerin den ZEV [...] unter Androhung der Ersatzversorgung zum Abschluss dieses Stromliefervertrages in erpresserischer Weise gezwungen habe. Die Argumentation der Gesuchsgegnerin, wonach der Abschluss ebendieses Vertrages als Netzzugang des ZEV [...] zu werten sei, sei rechtsmissbräuchlich und verstosse gegen obligationenrechtliche Bestimmungen, weshalb dieser Vertrag hinfällig sei und Bestandteil der Rückabwicklung in die Grundversorgung sein müsse (act. 9 S. 6).

14/24 ElCom-D-E5AF3401/49 Vorbringen der Gesuchsgegnerin 53 Die Gesuchsgegnerin bringt vor, gemäss Frage 3 der Mitteilung des Fachsekretariats der ElCom betreffend steigende Elektrizitätspreise (Fassung vom 20. September 2022) ent falle die Lieferpflicht des lokalen Verteilnetzbetreibers gemäss Artikel 6 StromVG endgültig, sobald der Anspruch auf Netzzugang ausgeübt worden sei. Sobald der ZEV [...] von seinem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch gemacht habe, könne und dürfe er daher nicht mehr in die Grundversorgung zurückkehren (act. 7 S. 4). 54 Eine schriftliche Erklärung bezüglich Netzzugang liege zwar nicht vor, jedoch genüge hierzu auch eine mündliche oder gar konkludente Erklärung. Der ZEV [...] habe ihr gegenüber erklärt, dass auch er von der [...] beliefert werde. Diese Erklärung sei im Rahmen von diversen Besprechungen zwischen dem ZEV [...] und der Gesuchsgegnerin erfolgt. Diese seien nötig gewesen, da die Ermöglichung des ZEV einen erheblichen Netzbau voraussetzte, was eine enge Koordination zwischen ihnen bedingt habe (act. 7 S. 1 f.). Indem er sich seit der Gründung des ZEV bzw. seit dem 1. April 2021 durch die [...] habe beliefern lassen, habe er auch durch konkludente Erklärung von seinem Netzzugang Gebrauch gemacht. Dabei sei

unbeachtlich, ob dieser Netzzugang durch den ZEV [...] irrtümlich bzw. aufgrund mangelnder Aufklärung durch die [...] geschehen sei (act. 7 S. 2). Sie gehe davon aus, dass der ZEV [...] die Rechnungen der [...] auch bezahlt habe, ansonsten hätte die [...] den Stromliefervertrag bereits viel früher gekündigt, als sie dies getan habe. Er sei folglich wissentlich und willentlich am Markt gewesen (act. 7 S. 2). Ob die [...] es unterlassen habe, den ZEV [...] darauf hinzuweisen, dass er als ZEV in die Grundversorgung zurückkehren könne (Ziffer 5 des Gesuchs), sei für das vorliegende Verfahren irrelevant. Relevant sei einzig, dass der ZEV [...] seit 1. April 2021 von einem Drittlieferanten beliefert worden sei und demzufolge von seinem Netzzugang Gebrauch gemacht habe (act. 7 S. 2). 55

Eventualiter bringt die Gesuchsgegnerin vor, dass der ZEV [...] spätestens mit dem Abschluss des Energieliefervertrages vom 8. August 2022 bzw. 9. August 2022 (Marktvertrag) von seinem Recht auf Netzzugang Gebrauch gemacht habe (act. 7 S. 5). 56

Subeventualiter sei bei der Gründung eines ZEV davon auszugehen, dass Teilnehmer, die zuvor bereits von ihrem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch gemacht hatten, nicht mehr in die Grundversorgung zurückkehren könnten. Diese Teilnehmer würden im Markt bleiben und ihr Bezug sei von demjenigen des ZEV aus der Grundversorgung abzuziehen. Zur Begründung führt sie aus, dass es zu erheblichen Mehrkosten bei der Energiebeschaffung in der Grundversorgung führen würde, wenn die Rückkehr von Grossverbrauchern in die Grundversorgung über die Gründung eines ZEV zugelassen würde. Sollte die ElCom zum Schluss kommen, dass der ZEV [...] keinen bzw. erst seit dem 8. August 2022 von seinem Netzzugang Gebrauch gemacht habe, so gelte dies nicht für die Gesuchstellerin, welche auch nach Gründung des ZEV im Markt verbleibe. Eine Rückabwicklung komme deshalb nur für diejenigen Teilnehmer des ZEV in Betracht, bei welchen es sich nicht um die Gesuchstellerin handle (act. 7 S. 5 f.). 57

Subsubeventualiter bringt die Gesuchsgegnerin schliesslich vor, das Gesuch sei als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren. Dies da die Gesuchstellerin zu Lasten der grundversorgten Verbraucher im Netzgebiet der Gesuchsgegnerin rückwirkend die Grundversorgung behaupte, um einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung mit der [...] aus dem Weg zu gehen und sich vor den derzeit hohen Marktpreisen zu schützen (act. 7 S. 7). 58

Die Gesuchstellerin habe sich bei der ZEV-Gründung nur auf die Expertise der [...] verlassen und sei nicht von der Gesuchsgegnerin beraten worden (act. 11 S. 2).

15/24 ElCom-D-E5AF3401/49 Beurteilung des Anspruchs auf Grundversorgung 3.3.1

Allgemeine Voraussetzungen gemäss Artikel 6 Absatz 1 StromVG 59 Der Anspruch eines Endverbrauchers auf Belieferung mit Elektrizität aus der Grundversorgung bzw. eine entsprechende Lieferpflicht des Verteilnetzbetreibers wird in Artikel 6 Absatz 1 StromVG festgelegt. Dieser statuiert, dass die Betreiber von Verteilnetzen die erforderlichen Massnahmen treffen, damit sie in ihrem Netzgebiet den festen Endverbrauchern und den Endverbrauchern, die auf den Netzzugang verzichten, jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Preisen liefern können. Als feste Endverbraucher gelten die Haushalte und die anderen Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte (Art. 6 Abs. 2 StromVG). 60

Macht ein Endverbraucher gestützt auf Artikel 11 Absatz 2 StromVV von seinem Anspruch auf Netzzugang (d.h. Anspruch auf Eintritt in den freien Elektrizitätsmarkt) gemäss Artikel 13 Absatz 1 StromVG Gebrauch, entfällt gemäss Artikel 11 Absatz 2 letzter Satz StromVV die Lieferpflicht des Betreibers des Verteilnetzes nach Artikel 6 StromVG endgültig (Grundsatz «einmal frei, immer frei»). Wer von seinem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch macht, kann später somit nicht mehr in die Grundversorgung zurückkehren (siehe

Verfügung der ElCom 233-00095 vom 18. Oktober 2022 Rz. 28 f., mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_739/2010 vom 6. Juli 2011, E. 4.5 und den erläuternden Bericht des Bundesamts für Energie zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007 zur Stromversorgungsverordnung Art. 4 S. 7). 3.3.2 Anspruch eines ZEV auf Belieferung aus der Grundversorgung 61 Gemäss Artikel 18 Absatz 1 EnG verfügen die Endverbraucher nach dem Zusammenschluss gegenüber dem Netzbetreiber gemeinsam über einen einzigen Messpunkt wie eine Endverbraucherin oder ein Endverbraucher. Sie sind gemeinsam, auch in Bezug auf die Messeinrichtung, die Messung oder den Anspruch auf Netzzugang nach den Artikeln 6 und 13 StromVG, wie eine einzige Endverbraucherin oder ein einziger Endverbraucher zu behandeln. Stromversorgungs- und energierechtlich treten somit der ZEV und nicht die am ZEV teilnehmenden Endverbraucher eigenständig auf. Nach der Praxis der ElCom stellt ein neu gegründeter ZEV gegenüber dem Netzbetreiber somit einen einzigen neuen Endverbraucher dar, der sich nach Artikel 6 StromVG in der Grundversorgung befindet, sofern er nicht von seinem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch gemacht hat. Erfolgt die Teilnahme an einem ZEV einzig zum Zwecke einer «Rückkehr» in die Grundversorgung, muss allerdings im Einzelfall beurteilt werden, ob dieses Vorgehen rechtsmissbräuchlich ist. Ist dies zu bejahen, kommt der ZEV in der angedachten Form nicht zustande und insbesondere die in Artikel 18 Absatz 1 EnG vorgesehenen Rechtsfolgen entfalten sich nicht (vgl. die Verfügung der ElCom 223-00005 vom 13. Dezember 2022 Rz. 66; abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Verfügungen > Verfügungen 2022; siehe auch die Mitteilung des Fachsekretariates der ElCom vom 7. Dezember 2021, Steigende Elektrizitätspreise: Fragen und Antworten zur unterjährigen Anpassung der Elektrizitätstarife zur Ersatzversorgung und zur Rückliefervergütung, Update vom 26. Januar 2023, Frage 15; und die Stellungnahmen des Bundesrats vom 31. August 2022 zur Interpellation 22.3856 und vom 23. November 2022 zur Motion 22.4014; beide abrufbar unter www.parlament.ch > Ratsbetrieb).

16/24 ElCom-D-E5AF3401/49 62 Nach Artikel 11 Absatz 2bis StromVV, der am 1. Januar 2023 in Kraft getreten ist, ist die Lieferpflicht des Netzbetreibers gegenüber dem ZEV nicht ausgeschlossen, wenn am ZEV eine Verbrauchsstätte teilnimmt, für die zuvor bereits einmal das Recht auf Netzzugang ausgeübt wurde. Beansprucht der ZEV eine Strombelieferung in der Grundversorgung, so kann der Anspruch auf Netzzugang für die betreffende Verbrauchsstätte allerdings frühestens nach Ablauf von sieben Jahren seit ihrer Teilnahme am Zusammenschluss wieder ausgeübt werden. Die Karenzfrist von sieben Jahren gilt hingegen nicht für Verbrauchsstätten, die sich vor der Teilnahme am ZEV in der Grundversorgung befanden. Mit dieser Frist soll sichergestellt werden, dass sich der Grossverbraucher angemessen an den durch ihn verursachten (hohen) Beschaffungskosten des Verteilnetzbetreibers für die kurzfristig zusätzlich benötigte Strommenge mitbeteilige (vgl. Verfügung der ElCom 223-00005 vom 13. Dezember 2022 Rz. 66; Medienmitteilung des BFE «Bundesrat stärkt Förderinstrumente für die Stromproduktion aus erneuerbaren Energien» vom 23. November 2022; abrufbar unter www.bfe.admin.ch > News und Medien > Medienmitteilungen). 63 Artikel 11 Absatz 2bis StromVV ist zwar auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt nicht anwendbar, da diese Norm im Jahre 2022, als sich der massgebliche Sachverhalt verwirklicht hat, noch nicht in Kraft stand (vgl. zum in zeitlicher Hinsicht anwendbaren Recht WIEDERKEHR RENÉ in: Wiederkehr René/Richli Paul, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012, Rz. 783 ff., siehe auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6840/2015 vom 21. Dezember 2016 E. 3.1.2 sowie Verfügungen der ElCom 221-00432 vom 15. Mai 2018 Rz. 32 und 221-00375 vom 18.

Januar 2018 Rz. 27, abrufbar unter: www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Verfügungen > KEV/EIV). Durch die Aufnahme in die Verordnung wird aber die vorbestehende ElCom-Praxis bestätigt, wonach ein neu gegründeter ZEV sich in der Grundversorgung befindet, falls kein Rechtsmissbrauch vorliegt. Diese Praxis stützt sich primär auf Artikel 18 Absatz 1 EnG, der im Jahr 2021 ebenso in Kraft stand wie die Artikel 6 und 13 StromVG und Artikel 11 StromVV – die weiteren Normen, die für die Fragen der Grundversorgung und des Netzzugangs relevant sind. Folglich ist die Praxis der ElCom auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt anzuwenden. Soweit die Gesuchsgegnerin argumentiert, ZEV-Teilnehmer, die vor dem Beitritt zu einem ZEV bereits von ihrem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch gemacht hätten, würden auch im ZEV im Markt bleiben und hätten kein Recht auf Grundversorgung, kann ihr nicht gefolgt werden. 64 Vorliegend wurde der Stromverbrauch sämtlicher ZEV-Teilnehmer ab Anfang April 2021 über einen Anschluss gemessen und diese wurden in der Folge wie ein einziger Endverbraucher behandelt. Somit ist davon auszugehen, dass spätestens in jenem Zeitpunkt alle Voraussetzungen für die Bildung eines ZEV erfüllt waren und namentlich die Produktionsanlage in Betrieb genommen worden war. Soweit die ZEV-Bildung nicht rechtsmissbräuchlich erfolgte, entstand demzufolge eine neue Einheit, die Rechtswirkungen entfaltete und sich in Durchbrechung des Grundsatzes «einmal frei, immer frei» in der Grundversorgung befand. Rechtsmissbrauch kann – wie oben erwähnt – insbesondere gegeben sein, wenn die Gründung oder der Beitritt zu einem ZEV einzig zum Zweck einer «Rückkehr» in die Grundversorgung erfolgen (zum Zeitpunkt der Entstehung eines ZEV siehe Rz. 66 ff. und zum Rechtsmissbrauch Rz. 78 ff. der ElCom-Verfügung 223-00005 vom 13. Dezember 2022). Vorliegend machte der ZEV [...] fast ein Jahr nach der Gründung erstmals geltend, er habe einen Anspruch auf Grundversorgung. Dies lässt darauf schliessen, dass die Bildung des ZEV nicht nur zur Rückkehr in die Grundversorgung erfolgt ist. Andere Anzeichen für eine rechtsmissbräuchliche ZEV-Bildung sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Auch die Gesuchsgegnerin behauptet nicht, dass der ZEV rechtsmissbräuchlich gegründet war, sondern anerkennt die damaligen Gründe für dessen Errichtung ausdrücklich als legitim an (act. 7 S. 7). Sie behauptet nur, es sei rechtsmissbräuchlich, dass der ZEV [...] zu einem späteren Zeitpunkt, als das Marktumfeld sich zu seinem Nachteil entwickelt habe, den Anspruch auf die Grundversorgung rückwirkend geltend mache.

17/24 ElCom-D-E5AF3401/49 3.3.3 Netzzugang 65 Um einen Anspruch auf Belieferung mit Elektrizität in der Grundversorgung zu haben, müsste der ZEV [...] als fester Endverbraucher oder als Endverbraucher eingestuft werden, der von seinem Netzzugang (noch) keinen Gebrauch gemacht hat (Art. 6. Abs. 1 StromVG). Da dem ZEV [...] die Gesuchstellerin angehört, welche ihrerseits bereits im freien Markt Elektrizität bezogen hatte, ist davon auszugehen, dass das Kriterium für den Marktzugang von einem Jahresverbrauch von mehr als 100 MWh erfüllt ist und der ZEV kein fester Endverbraucher ist. Die Gesuchstellerin macht denn auch nicht geltend, der ZEV [...] sei in der Grundversorgung zu beliefern, weil er ein fester Endverbraucher sei. Zu prüfen ist daher, ob der ZEV [...] von seinem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch gemacht hat. 66 Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh, die nicht bereits Elektrizität gestützt auf einen schriftlichen, individuell ausgehandelten Liefervertrag beziehen, können dem Betreiber des Verteilnetzes in ihrem Netzgebiet jeweils bis zum 31. Oktober mitteilen, dass sie von ihrem Anspruch auf Netzzugang ab 1. Januar des folgenden Jahres Gebrauch machen. Damit entfällt die Lieferpflicht des Betreibers des Verteilnetzes nach Artikel 6 StromVG endgültig (Art. 11 Abs. 2 StromVV). Ein Endverbraucher mit

einem geschätzten Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh, der neu an das Verteilnetz angeschlossen wird, teilt dem Netzbetreiber zwei Monate vor Inbetriebnahme seines Anschlusses mit, ob er von seinem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch macht (Art. 11 Abs. 3 StromVV). Der Wortlaut von Artikel 11 Absatz 3 StromVV äussert sich zwar nicht dazu, ob die Lieferpflicht des Netzbetreibers mit dem Netzzugang endgültig entfällt. Gründe, die bei der Inbetriebnahme eines neuen Anschlusses einen Wechsel zurück in die Grundversorgung rechtfertigen könnten, wurden aber nicht vorgebracht. Solche sind auch nicht ersichtlich. Der Grundsatz «einmal frei, immer frei» kommt bei diesen somit ebenfalls zur Anwendung. 67 Grundsätzlich erfolgt die Ausübung des Rechts auf Netzzugang somit per 1. Januar durch vorgängige Mitteilung an den Netzbetreiber. Hierbei handelt es sich um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (LEITNER HEINZ/ROTHENFLUH ALEX in: Kratz Brigitta, Merker Michael, Tami Renato, Rechtsteiner Stefan, Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG / EleG / StromVG / RLG, Bern 2016, Art. 6 StromVG N 15). Ein Formerfordernis für die Mitteilung der Inanspruchnahme des Netzzuganges statuiert Artikel 11 StromVV nicht (Zwischenverfügung der ECom 233-00011 vom 17. Oktober 2013 Rz. 52 mit weiteren Hinweisen; abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Verfügungen 2013; zustimmend Bernheim und Geiger, die lediglich aus Beweisgründen empfehlen, die Mitteilung schriftlich vorzunehmen [BERNHEIM MARC/GEIGER GAUDENZ, in: Kratz Brigitta, Merker Michael, Tami Renato, Rechtsteiner Stefan, Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG / EleG / StromVG / RLG, Bern 2016, Art. 13 StromVG N 11]). Leitner und Rothenfluh weisen darauf hin, dass Artikel 11 Absatz 2 StromVV vorsieht, dass der Netzzugang auch «quasi konkludent» ausgeübt werden kann, indem Endverbraucher bereits gestützt auf einen schriftlichen, individuell ausgehandelten Liefervertrag Strom beziehen (LEITNER HEINZ/ROTHENFLUH ALEX, a.a.O., Art. 6 StromVG N 15). Nach der Praxis der ECom zu Artikel 11 Absatz 2 StromVV ist bei Einvernehmen zwischen allen Beteiligten, d.h. Verteilnetzbetreiber, Endverbraucher und neuem Lieferanten, auch ein unterjähriger Netzzugang zulässig (siehe die Mitteilung der ECom «Fragen und Antworten: Netzzugang und Lieferantenwechsel [Markteintritt]» vom 5. September 2013 Ziff. 4; abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Mitteilungen > Archiv Mitteilungen 2013). Bei Artikel 11 Absatz 3 StromVV erfolgt der Netzzugang, sobald die Meldung und alle übrigen Voraussetzungen wie namentlich die Inbetriebnahme des Anschlusses erfüllt sind (so auch BERNHEIM MARC/GEIGER GAUDENZ, a.a.O., Art. 13 StromVG N 8 f.; die bezüglich Art. 11 Abs. 2 StromVV allerdings darauf hinweisen, dass sich aus dem unterjährigen Netzzugang eine gewisse Abkehr von der Solidarität in der Grundversorgung ergebe und der Markteintritt eines Grossverbrauchers potentiell auch bei der Tarifprüfung zu Unklarheiten führen könne).

18/24 ECom-D-E5AF3401/49 68 Nach den obigen Ausführungen kann die Mitteilung sowohl bei Artikel 11 Absatz 2 und Absatz 3 StromVV nicht nur schriftlich, sondern auch mündlich oder stillschweigend durch konkludentes Verhalten erfolgen. Die Parteien bestreiten dies denn auch nicht. Strittig ist lediglich, ob ein Netzzugang erfolgt ist. Die Gesuchstellerin bringt vor, eine klare (ausdrückliche oder konkludente) Willensäusserung im Sinne einer Netzzugangsmitteilung sei weder vom ZEV [...] noch von den Mietern erfolgt. Sie anerkennt zwar, dass es die [...] gewesen sei, die dem ZEV ab dem 1. April 2021 Strom geliefert habe. Der Strom sei aber vom falschen Lieferanten geliefert worden und der ZEV habe diese Erkenntnis erst einige Monate nach dem 1. April 2021 erlangt (act. 9 S. 4 f., 7). Die Gesuchsgegnerin macht geltend, der ZEV [...] habe ihr gegenüber erklärt,

dass auch er von der [...] beliefert werden wolle. Indem er sich seit dem 1. April 2021 durch die [...] habe beliefert lassen, habe er zudem auch durch konkludente Erklärung von seinem Netzzugang Gebrauch gemacht (act. 7 S. 2). Die Gesuchsgegnerin macht geltend, es hätte höhere Kosten für die weiteren Endverbraucher zur Folge, wenn der ZEV [...] in der Grundversorgung beliefert würde, was Letzterer nicht bestreitet. Im vorliegenden Fall erscheint es unter dem Gesichtspunkt der Solidarität in der Grundversorgung daher unproblematisch, wenn ein unterjähriger Netzzugang erfolgt. Unabhängig davon, ob Artikel 11 Absatz 2 oder Absatz 3 StromVV angewendet wird, kann die Mitteilung an den Netzbetreiber daher den Netzzugang im Laufe des Jahres bewirken, wenn auch die weiteren einschlägigen Voraussetzungen erfüllt sind. Zu prüfen ist daher einzig, ob der ZEV [...] gegenüber der Gesuchsgegnerin eine Willensäußerung abgegeben hat. 69 Das Verwaltungsrecht kennt keine eigenen Regeln zu den Voraussetzungen einer konkludenten Willensäußerung. Daher sind für diese Frage die Bestimmungen des Obligationenrechts als subsidiäres öffentliches Recht sinngemäss anzuwenden (vgl. TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, § 34 Rz. 995 mit Hinweis auf BGE 122 I 328 E. 7b, wonach das Bundesgericht die Regeln des Obligationenrechts „als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze“ sieht). Gemäss Artikel 1 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 OR kann die zum Abschluss eines Vertrages erforderliche Willensäußerung eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. Was genau unter einer stillschweigenden Willensäußerung zu verstehen ist, beschreibt das Gesetz nicht näher. Zur Konkretisierung dieser Frage sind daher behelfsmässig die Rechtsprechung und die Literatur zu Artikel 1 OR heranzuziehen (vgl. Tschannen, Müller und Kern, wonach die Auslegung des verwaltungsrechtlichen Vertrags analog zum Privatrecht dem nicht ausdrücklich gesetzlich verankerten Vertrauensprinzip folgt und eine Willenserklärung demnach so aufzufassen ist, wie sie der Empfänger unter den gegebenen Umständen in guten Treuen verstehen durfte und musste [TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, a.a.O., § 35 Rz. 1005]).

19/24 ECom-D-E5AF3401/49 70 Als stillschweigende Willensäußerung wird ein Verhalten bezeichnet, das den inneren Willen zum Vertragsabschluss nicht durch eine Erklärung oder ein Zeichen zum Ausdruck bringt, sondern sich aus den Umständen ergibt (sog. schlüssiges oder konkludentes Verhalten). Dabei wird aus der Natur des Geschäfts und dem Parteiverhalten der direkte Nachweis eines Konsenses durch einen Indizienbeweis ersetzt. Eine stillschweigende Willensäußerung kann nur bei Vorliegen eines eindeutigen Verhaltens angenommen werden, dessen Auslegung keine vernünftigen Zweifel hervorruft (BGE 113 II 522 E. 5.c = Pra 77/1988 Nr. 231; KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023, Art. 1 N 32). Rein passives Verhalten genügt dazu in der Regel nicht (GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich 2020, Rz. 190a). Abzustellen ist dabei nicht auf die subjektiven Vorstellungen der Parteien, sondern es sind die Umstände nach objektivierendem Massstab zu deuten (Urteil des Bundesgerichts 4C.437/2006 vom 13. März 2007 E. 2.3.1 [nicht publ. in BGE 133 III 356]). Aus dem Verhalten der Parteien muss aufgrund des Vertrauensprinzips auf ihren Willen und auf ihr Wissen geschlossen werden können (Urteil des Bundesgerichts 4C.394/2005 vom 29. März 2006 E. 2.1 f.). Als Beispiele für eine stillschweigende Willensäußerung wird in Literatur und Rechtsprechung namentlich die Vornahme von Erfüllungshandlungen wie etwa Zahlungen genannt

(GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, a.a.O., Rz. 182, 447; KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, a.a.O., Art. 1 N 34; je mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). 71 Vorliegend bezog der ZEV [...] die gesamte Elektrizität für sämtliche seiner Teilnehmer seit dem 1. April 2021 unbestrittenermassen von der [...] und erhielt als einziger Rechnungsempfänger die monatlichen Rechnungen. Aus den Akten sind keine Hinweise ersichtlich, dass der ZEV [...] die Rechnungen vor März 2022 nicht bezahlt hat. Zudem hat er anstandslos die Rechnungen der Gesuchsgegnerin für die Netznutzung und die öffentlichen Abgaben und Steuern bezahlt, die er ebenfalls jeden Monat erhielt. Erst im März 2022 hat der ZEV [...] sich zum ersten Mal darauf berufen, dass ein Irrtum vorliege und er sich eigentlich in der Grundversorgung befinde, aber vom «falschen» Lieferanten beliefert worden sei. Der Umstand, dass er fast ein Jahr lang aktiv Erfüllungshandlungen wie namentlich die Zahlung der Rechnungen vorgenommen hat, spricht aus objektiver Sicht klar dafür, dass der ZEV [...] mit der Versorgung im freien Markt einverstanden war und ihr zustimmte.

20/24 ElCom-D-E5AF3401/49 72 Die Argumente, die die Gesuchstellerin vorbringt, um den Irrtum des ZEV [...] bezüglich Netzzugang zu begründen, vermögen keine ernsthaften Zweifel an diesem Schluss zu erwecken. Wenig plausibel ist etwa, dass er seinen Irrtum «erst einige Monate» später bemerkt habe, weil die [...] und die [...] Rechnungsstellerinnen für diverse Dienstleistungen gewesen seien. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Gesuchstellerin keine Dokumente eingereicht hat, aus welchen hervorgeht, dass sie bzw. der ZEV [...] bei der ZEV-Gründung tatsächlich von der [...] oder der [...] beraten wurde. Sodann führt sie aus, die [...] habe die Dienstleistungen bei der Gründung des ZEV offeriert. Daher ist nicht ersichtlich, weshalb die Gesuchstellerin bzw. der ZEV [...] auch von der [...] Rechnungen dafür erhalten haben sollte. Selbst wenn er die Rechnungen verwechselt hätte, könnte dieser Umstand ausserdem nicht rechtfertigen, dass der ZEV erst nach elf Monaten den Irrtum bezüglich der Energielieferung bemerkte bzw. zum ersten Mal gegenüber der Gesuchsgegnerin kundgab. Die konkludente Ausübung des Netzzugangs nicht in Frage zu stellen vermag das Argument, er habe in dieser «ausserordentlich komplexen Materie» verständlicherweise auf die Expertise der [...] vertraut (act. 9 S. 4). Sofern er von einem Dienstleistungsunternehmen im Energiebereich beraten wurde und dies für die Gesuchsgegnerin erkennbar war, durfte und musste diese als Dritte nach dem massgeblichen objektivierten Massstab in guten Treuen davon ausgehen, dass der ZEV [...] sich hätte bewusst sein müssen, im freien Markt versorgt zu werden. Jedenfalls bringt dieser nicht vor und es bestehen keine Anzeichen dafür, dass eine allfällige mangelhafte Beratung durch die [...] für die Gesuchsgegnerin erkennbar gewesen wäre. Bereits deswegen kann davon abgesehen werden, vorfrageweise auf dieses Argument einzugehen. Im Übrigen wurde die Gesuchstellerin seit Sommer 2019 über einen Marktvertrag versorgt, weshalb ihr (und damit auch dem ZEV) hätte bewusst sein können – wenn nicht müssen – dass der Abrechnungsmodus mit separaten Rechnungen für Elektrizitätslieferung und Netznutzung im freien Markt Anwendung findet. 73 Die Gesuchstellerin bringt im Weiteren zwar vor, der ZEV [...] hätte auch auf die Expertise der Gesuchsgegnerin vertrauen dürfen. Sie substantiiert jedoch nicht, weshalb er darauf hätte vertrauen dürfen, von der Gesuchsgegnerin in der Grundversorgung beliefert oder diesbezüglich beraten zu werden. Insbesondere macht die Gesuchstellerin nicht geltend, der ZEV [...] habe einen entsprechenden Liefervertrag mit der Gesuchsgegnerin abgeschlossen. Sie tut auch keine Rechtsgrundlage dar, aufgrund welcher die Gesuchsgegnerin als Verteilnetzbetreiberin verpflichtet gewesen sein sollte, den ZEV über die Möglichkeit zu informieren, nach der

ZEV- Gründung aus der Grundversorgung Strom zu beziehen. Eine Gesetzes- oder Verordnungsbestimmung, aus der sich eine entsprechende Pflicht ableiten lässt, ist auch nicht ersichtlich. Eine vertragliche Grundlage für eine Pflicht der Gesuchsgegnerin zur Aufklärung oder einen Glauben des ZEV [...], von dieser aus der Grundversorgung beliefert zu werden, ist ebenfalls nicht erkennbar. So ist gemäss Ziffer

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.