

ELCOM 233-00093-2023-12-05-2R-8D4 vom 5. Dezember 2023

ElCom, 2023-12-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_233-00093-2023-12-05-2R-8D4

FR: ELCOM 233-00093-2023-12-05-2R-8D4 du 5 décembre 2023

IT: ELCOM 233-00093-2023-12-05-2R-8D4 del 5 dicembre 2023

Erwägungen

E. 1

Prozessvoraussetzungen und rechtliches Gehör

E. 1.1

Verfahrensgegenstand 30 Das Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerde des Gesuchstellers vom 17. Mai 2021 gutgeheissen, soweit es darauf eintrat. Es hat die Verfügung aufgehoben, soweit sie nicht den Wasserzähler betrifft und die Angelegenheit zur Sachverhaltsergänzung und anschliessenden neuen Verfügung im Sinne seiner Erwägungen an die ElCom zurückgewiesen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 Ziff. 1 des Dispositivs). Nicht eingetreten ist das Bundesverwaltungsgericht auf die Begehren 3 (Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses des Gemeinderates Rorschacherberg vom 3. Juli 2018 in Bezug auf das intelligente Messsystem für Strom) und 4 (Überweisung an die zuständige kantonale Behörde betreffend Wasserzähler). In den Erwägungen hielt es namentlich fest, dass mit Aufhebung des angefochtenen Entscheids die Grundlage für die Kostenverlegung entfalle, mit der die ElCom die Kosten nach dem Unterliegerprinzip dem Gesuchsteller auferlegt habe (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 8). 31 Zum Begehren 3 hat das Bundesverwaltungsgericht erwogen, der Gemeindebeschluss vom

E. 1.2

Zuständigkeit 36 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. Im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach StromVG kommt der ElCom eine umfassende Kompetenz zu. Sie ist daher grundsätzlich überall dort zuständig, wo die Entscheid- und Verfügungskompetenz nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2850/2014 vom 28. Mai 2015 E. 5.3). 37 Vorliegend ist in erster Linie strittig, ob der beim Gesuchsteller installierte Smartmeter durch einen konventionellen Stromzähler zu ersetzen ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat festgestellt, dass der Smartmeter eine Abschaltfunktion hat und unter die Definition der intelligenten Steuer- und Regelsysteme gemäss Artikel 17b StromVG falle, soweit die genannte Funktion den Unterbruch des Strombezugs durch Fernsteuerung bewirken könne. Es hat die Angelegenheit an die ElCom zurückgewiesen, um den Sachverhalt zu ergänzen und zu beurteilen, ob das Zustimmungserfordernis nach Artikel 17b Absatz 3 StromVG der Abschaltfunktion entgegenstehe. Falls der Smartmeter nicht (vollständig) zu entfernen sei, habe die ElCom auch auf die Rügen des Gesuchstellers betreffend die Datenbearbeitung im Zusammenhang mit dem Smartmeter – verschiedene Punkte betreffend Artikel 17c StromVG und Artikel 8d der Stromversorgungsverordnung

vom 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71; Stand am 01.09.2023) – einzugehen. Die genannten StromVG-Bestimmungen bilden zusammen mit Artikel 17a betreffend intelligente Messsysteme den Abschnitt 2a dieses Gesetzes mit dem Titel «Messwesen und Steuersysteme». Die Artikel 8a-8d, 31e, 31f u. 31l StromVV enthalten die Ausführungsbestimmungen dazu. Die zu erlassende Verfügung ist folglich für den Vollzug des StromVG und der StromVV notwendig. Weil keine Vorschrift die Entscheidkompetenz hierfür einer anderen Behörde zuweist, ist die ElCom für die Beurteilung der Anträge betreffend Ersatz des Smartmeters für die Erfassung der elektrischen Energie zuständig (vgl. Verfügung der ElCom 233-00091 vom 11. Juni 2019 Rz. 15).

10/70 ElCom-D-D6B13401/73 38 Wie oben erläutert ist sodann der Antrag auf Aufhebung des Beschlusses der Gesuchsgegnerin vom 3. Juli 2018 gegenstandslos geworden. Daher kann offen bleiben, ob die ElCom auch zuständig ist, kantonale bzw. kommunale Entscheide aufzuheben, die in ihrem Zuständigkeitsbereich ergangen sind. Ebenfalls oben erläutert wurde, dass die ElCom nicht zuständig ist für den Antrag zum Wasserzähler.

E. 1.3

Parteien 39 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. 40 Der Gesuchsteller hat bei der ElCom verschiedene Anträge gestellt. Er ist somit materieller Verfügungsadressat. Ihm kommt Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu. Im vorliegenden Rückweisungsverfahren ist in erster Linie zu beurteilen, ob die Gesuchsgegnerin den Siemens Smart Meter TD-3511, den sie beim Gesuchsteller installiert hat, durch einen konventionellen Stromzähler ohne Kommunikationsanbindung zu ersetzen hat. Damit ist die Gesuchsgegnerin vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen. Auch die Gesuchsgegnerin hat daher Parteistellung nach Artikel 6 VwVG.

E. 1.4

Rechtliches Gehör 41 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Antworten der Gesuchsgegnerin auf die Fragen der ElCom wurden dem Gesuchsteller zur Stellungnahme unterbreitet. Dem Gesuchsteller wurde überdies Gelegenheit zur Stellung von Ergänzungsfragen an die Gesuchsgegnerin gegeben. Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die diese zugrundeliegenden Argumente werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG). 42 Im Rahmen des Anspruchs auf rechtliches Gehör verfügen die Betroffenen über die Möglichkeit, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden (BGE 124 I 241 E.2). Die Entscheidbehörde hat hingegen nur solche Beweisbegehren zu berücksichtigen und zuzulassen, die nach ihrer Würdigung rechts- und entscheidungserheblich sind (BGE 131 I 153 E.3; Verfügung der ElCom 941-10-013 vom 18. August 2011 Rz. 29). 43 Der Gesuchsteller bringt vor, bestimmte Personen seien sowohl für die Gesuchsgegnerin als auch für weitere Gesellschaften tätig und stellte drei Ergänzungsfragen, um zu erörtern, ob aufgrund dieser personellen Konstellation eine Interessenkollision bestehe und der Datenschutz genügend gewährleistet sei (act. 32). Er begründet jedoch nicht, inwiefern der Datenschutz von allfälligen personellen Verflechtungen oder Interessenkonflikten bei der Gesuchsgegnerin beeinflusst werden sollte oder wie sich die vorgebrachten Argumente sonst auf das vorliegende

Rückweisungsverfahren auswirken sollten. Dies ist auch nicht ersichtlich. Die im Rückweisungsverfahren zu prüfenden Fragen werden vom Bundesrecht geregelt, insbesondere dem Stromversorgungs- und dem Datenschutzrecht des Bundes. Zu ihrer Beantwortung ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen gemäss den einschlägigen Vorschriften und der Rechtsprechung dazu erfüllt sind. Diese Voraussetzungen gelten unabhängig von allfälligen Interessenskonflikten oder personellen Verflechtungen bei der Gesuchsgegnerin und es ist nicht erkennbar, inwiefern solche sich auf das Verfahren auswirken könnten. Die Ergänzungsfragen des Antragstellers sind folglich nicht entscheidungsrelevant und es ist nicht näher auf diese Themen einzugehen. Deswegen hat die ElCom die Gesuchsgegnerin nicht aufgefordert, diese zu beantworten (act. 34).

11/70 ElCom-D-D6B13401/73 2 Vorbringen der Parteien 2.1 Argumente des Antragstellers 2.1.1 Vor Erlass der ersten Verfügung 44 Der Antragsteller bringt vor, dass die Artikel 17a ff. StromVG und Artikel 8a ff. StromVV keine hinreichende gesetzliche Grundlage für die zwangsweise Installation eines Smartmeters zur Erfassung der elektrischen Energie bilden würden. Gemäss Artikel 8b StromVV dürften nur intelligente Messsysteme eingesetzt werden, deren Elemente erfolgreich auf die Gewährleistung der Datensicherheit hin geprüft wurden. Obschon der Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE) am 24. Oktober 2018 offenbar Richtlinien zur Datensicherheitsprüfung nach Artikel 8b StromVV genehmigt habe, sei noch keine Datensicherheitsprüfung an einem intelligenten Messsystem im Sinne von Artikel 8b Absatz 1 und

E. 3

StromVV durch das dafür einzig zuständige Eidgenössische Institut für Metrologie (METAS) durchgeführt worden. Damit fehle es auch unter dem geltenden Recht an der Erfüllung einer zentralen und zwingenden Voraussetzung von Artikel 8b StromVV zur zwangsweisen Installation, nämlich der vorgängig erfolgreichen Prüfung des intelligenten Messsystems. Damit dürfe das Gerät insbesondere nicht gegen den ausdrücklichen Willen des Antragstellers bei ihm installiert werden und sei antragsgemäss von der Gesuchsgegnerin zu deinstallieren und durch einen Zähler der bisherigen Technologie, d.h. ohne Kommunikationsanbindung, der sich auf das Messen der elektrischen Energie beschränkt, zu ersetzen (act. 1 Beilage 12 S. 8 ff.). 45 Für die Bearbeitung von Personendaten, wie dies der Smartmeter für Elektrizität tue, liegt gemäss Antragsteller mangels Einwilligung beziehungsweise aufgrund seiner ausdrücklichen Weigerung, mangels gesetzlicher Grundlage und mangels öffentlicher oder privater Interessen kein Rechtfertigungsgrund vor, womit diese widerrechtlich erfolge. Selbst wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliege, müsste die Bearbeitung nach Treu und Glauben erfolgen und müsste verhältnismässig sein. Der Antragsteller stellt in Abrede, dass Artikel 8d StromVV verhältnismässig und anwendbar ist. Der Bundesrat habe seine ihm durch den Gesetzgeber in Artikel 17c StromVG erteilte Ausführungskompetenz überschritten. Die Personendaten müssten durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt werden. Nur schon wegen der vorgeschriebenen aber fehlenden Prüfung der Datensicherheit durch das METAS werde das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) verletzt. Artikel 8d StromVV verstosse gegen verfassungsmässige Rechte (Verhältnismässigkeitsgrundsatz), das Legalitätsprinzip und das eidgenössische sowie kantonale DSG und sei deshalb nicht anwendbar (act. 1 Beilage 12 S. 8 ff.). 46 Der Antragsteller bringt weiter vor, dass nicht

ersichtlich sei, weshalb ihm die von ihm vorgeschlagene Selbstablesung, zumindest bis zum Vorliegen einer gewissen Rechtssicherheit und ausreichenden Sicherstellung des Datenschutzes und der Datensicherheit, nicht gestattet werde (act. 1 Beilage 12 S. 8 ff.). 47 Gemäss Artikel 64 VwVG sei ihm eine Parteientschädigung zuzusprechen.

12/70 ElCom-D-D6B13401/73 2.1.2 Nach Wiederaufnahme des Verfahrens 48 In seiner Stellungnahme vom 30. März 2023 bringt der Gesuchsteller vor, dass er nie mit dem Auswechseln des alten (mechanischen) Stromzählers und der Montage des neuen Smartmeters einverstanden gewesen sei. Die Montage der neuen Smartmeter im ausserhalb seines Hauses befindlichen Haupt-(Anzapfungs-)Tableau für die ganze Siedlung habe er nur durch Zufall entdeckt. Sie sei ohne Rücksicht auf seinen bei der Montage geäusserten Protest mit der Erklärung erfolgt, dass er nichts dagegen machen könne. Dass er nun aufgrund der Übergangsbestimmungen zur Duldung dieses gegen seinen Widerspruch montierten Smartmeters verpflichtet sein soll, widerspreche seinem Rechtsverständnis. Er verlange weiterhin die Demontage des gegen sein Einverständnis montierten Smartmeters und die Wiedermontage des ursprünglichen mechanischen Zählers. Seine Bedenken gegen den neuen Smartmeter seien auch betreffend die Abschaltfunktion und intelligente (digitale) Messungen sowie bezüglich Anforderungen an die Datensicherheit und die Datenbearbeitung begründet und eingehend abzuklären Der Smartmeter befinde sich in einem Elektrokasten ausserhalb des Hauses und könne mit einem entsprechenden Schlüssel durch jedermann geöffnet werden. Alle Nachbarn würden ebenfalls einen solchen Schlüssel besitzen (act. 21). 49 Durch die ohne sein Einverständnis bzw. unter seinem Protest erfolgte Montage des Smartmeters könne er nicht übergangsrechtlich zu dessen Duldung gezwungen werden. Aufgrund der Abschaltfunktion sei der montierte Smartmeter ebenfalls für die Steuerung und Regelung des Elektrizitätsflusses geeignet. Für eine solche Verwendung seien jedoch die gesetzlichen Voraussetzungen zurzeit nicht erfüllt. Da er seit 1985 nie ein «säumiger Kunde» gewesen sei, brauche es die Abschaltvorrichtung überhaupt nicht. Grundlose Installationen seien überflüssig. Zudem könne die Abschaltung jederzeit auch aus anderen Gründen ferngesteuert erfolgen. Aus dem dargestellten Prozess sei ersichtlich, dass Mitarbeitende der technischen Betriebe sowie der elog Energielogistik AG St. Gallen (elog AG) sowie auch Mitarbeitende des Rechenzentrums der elog AG jederzeit Zugriff auf die Abschaltfunktion hätten (act. 23). 50 Es sei zu prüfen, ob es dem Grundsatz der Datensparsamkeit entspreche, dass Lastgänge alle fünfzehn Minuten ermittelt und mindestens sechzig Tage gespeichert würden. Lediglich zur Messung des Stromverbrauches und zur Rechnungsstellung sei dies nicht nötig. Dazu würden periodische Messungen von ein- bis zweimal pro Jahr genügen. Die Daten würden sogar maximal ein Jahr gespeichert, was für die reine Rechnungsstellung nicht notwendig sei. Die vorgesehene Messung widerspreche dem Gebot der Datensparsamkeit gemäss der Datenschutzgesetzgebung. 15-minütige Messungen seien einzig nötig im Hinblick auf die Regelung und Steuerung. Zudem sei die Erfassung von Messdaten in kleineren Abständen als fünfzehn Minuten möglich. Die Gemeinde verneine lediglich eine diesbezügliche Absicht. Eine unbekannt Anzahl Personen habe Zugriff auf das privatgesellschaftlich gelagerte Datenmaterial. Die Datensicherheit eines offenbar privaten Anbieters (elog AG) scheine nicht gewährleistet zu sein. Die EICom gehe davon aus, dass Persönlichkeitsprofile und Personendaten in nicht pseudonymisierter Form für die Abrechnung der Energielieferung und für das Netznutzungsentgelt an die Swissgrid AG erlaubt sei. Nur für weitere Zwecke wäre dies nicht erlaubt. Er gehe davon aus, dass Persönlichkeitsprofile grundsätzlich in nicht pseudonymisierter Form erstellt werden dürften. Die Gesuchsgegnerin lege nicht dar, wie

sichergestellt werde, dass Daten in nicht pseudonymisierter Form geschützt würden. Den von der Gemeinde Rorschacherberg genannten Personen sei es möglich, aufgrund der übermittelten Daten ein Persönlichkeitsprofil zu erstellen. Die Frage nach der Sicherstellung der Persönlichkeitsprofile bzw. der Personendaten werde nicht beantwortet. Die angegebene Zwei-Faktor-Authentifizierung für den Zugriff auf das geschützte Rechenzentrum der elog AG genüge als Sicherstellung nicht (act. 23). 51 In seiner ergänzenden Stellungnahme vom 20. Juli 2023 bringt der Gesuchsteller weiter vor, aus der Formulierung von Artikel 8a Absatz 3ter StromVV gehe klar hervor, dass Endverbraucher wie er die Installation eines intelligenten Messsystems verweigern könnten. Der Gesetzgeber gehe daher von einem Verweigerungsrecht zur Installation eines intelligenten Messsystems aus. Gegen den Willen des Endverbrauchers könne somit ein solches Messsystem nicht installiert werden (act. 27).

13/70 ElCom-D-D6B13401/73 52 In der Eingabe vom 31. Oktober 2023 hat der Gesuchsteller angegeben, dass er an der [...] in Rorschacherberg eine Photovoltaik-Anlage betreibe, die am 15. September 2019 an das Elektrizitätsnetz angeschlossen worden sei. Für diese Anlage habe er eine Einmalzahlung des Bundes erhalten. Die damit produzierte Elektrizität verkaufe er an die Gesuchsgegnerin. Weder er noch Dritte veräussere Herkunftsnachweise für den Strom aus dieser Anlage. Er liefere im Zusammenhang mit deren Betrieb keine Daten an Dritte wie die Pronovo AG (act. 32). 53 Der Gesuchsteller hat nach der Wiederaufnahme des Verfahrens keine neuen Anträge zu den Kostenfolgen des Verfahrens und einer Entschädigung für die anwaltliche Vertretung gestellt und sich auch nicht mehr zu diesen Themen geäußert. 2.2 Argumente der Gesuchsgegnerin 2.2.1 Vor Erlass der ersten Verfügung 54 Gemäss der Gesuchsgegnerin ist für die Einführung eines intelligenten Messsystems im Sinne von Artikel 8a Absatz 1 StromVV keine Zustimmung nötig. Im Gegenteil habe die Gesuchsgegnerin für das Messwesen und die Informationsprozesse bei den Endverbrauchern und Erzeugern intelligente Messsysteme einzusetzen. Das entspreche auch Artikel 41 des Elektrizitätswerk-Reglements, wonach die für die Messung des Energieverbrauchs notwendigen Zähler von den Werken geliefert werde (act. 3). 2.2.2 Nach Wiederaufnahme des Verfahrens 55 Die Gesuchsgegnerin hat keine Anträge gestellt. 56 In den Antworten auf die Fragen der ElCom hat sie angegeben, dass sie den Smartmeter mit fernsteuerbarer Abschaltfunktion nicht im Hinblick auf die Abwendung einer unmittelbaren erheblichen Gefährdung des sicheren Netzbetriebes installiert habe (Art. 8c Abs. 5 StromVV; act. 13 Frage 1). Die Abschaltfunktion des Smartmeters könne auch nicht mechanisch vor Ort blockiert werden (act. 13 Frage 2). Sie könne auch nicht auf die Weise mechanisch deaktiviert werden, dass sie aus dem Smartmeter ausgebaut wird bzw. die betreffenden Teile manuell entfernt werden und die übrigen Funktionen des Smartmeters weiter funktionieren würden. Dies zumal physische Manipulationen bzw. Anpassungen an intelligenten Messgeräten einen direkten Einfluss auf die gesetzlichen Anforderungen an Messmittel (Bauartprüfung, Konformitätserklärung etc.) hätten und somit nicht gestattet seien (act. 25 Antwort 1). Auf die Frage, ob die Abschaltfunktion einseitig, ohne Mitwirkung des Gesuchstellers aktiviert werden könne, antwortete die Gesuchsgegnerin, dass die Abschaltfunktion an sich nicht deaktiviert werden könne und somit immer aktiv sei (act. 13 Frage 3). Die Abschaltvorrichtung auf dem Smartmeter diene einzig dem Zweck des Forderungsmanagements. Säumigen Kunden werde entweder ein Prepayment (Stromlieferung anhand eines Energieguthabens) eingerichtet oder nach mehreren Mahnungen, zusätzlichem Abwarten einer fünftägigen Frist in Absprache mit Finanzverwaltung und Gemeindepräsidium in letzter Instanz die

Stromversorgung abgeschaltet (act. 13 Frage 4).

14/70 ElCom-D-D6B13401/73 57 Aus Sicht der Technischen Betriebe der Gesuchsgegnerin stellt die Abschaltvorrichtung überdies kein intelligentes Steuer- und Regelsystem für den Netzbetrieb dar (act. 19 Frage 5). Diese könne nicht aus der Ferne wieder aktiviert werden. Der Endverbraucher müsse sie via Tastendruck freigeben. Eine Steuer- und Regelungsfunktion sei somit nicht gegeben (act. 25 ergänzende Fragen zu Frage 5). Für den sicheren Netzbetrieb werde im Versorgungsgebiet weiterhin die bestehende Rundsteueranlage eingesetzt – auch beim Gesuchsteller. Vor Ort handle es sich dabei um einen sogenannten Rundsteuerempfänger, der gemäss Definition unter den Begriff Steuer- und Regelsystem falle (act. 19 Frage 5). Die Rundsteueranlage sei seit 1957 im Versorgungsgebiet der Gesuchsgegnerin in Betrieb genommen und werde seit dem Bau der Liegenschaft des Gesuchstellers im Jahr 1978 bei diesem eingesetzt (act. 25). Auf die Frage, wann, wie und von welchen Personen die Stromlieferung unterbrochen werden könne, antwortete die Gesuchsgegnerin, die Abschaltvorrichtung werde durch einen Befehl auf der Smart Metering Plattform im Automated Metering and Information System (AMIS) Adapter betätigt und somit die Stromlieferung unterbrochen. Danach könne die Stromlieferung mit einem weiteren Befehl auf dem AMIS Adapter wieder freigegeben werden. Sei die Abschaltvorrichtung wieder freigegeben, so müsse dies durch den Endverbraucher mittels eines Tastendrucks auf dem Smartmeter quittiert werden. Sei dies erfolgt, sei die Stromlieferung an den Kunden wiederhergestellt. Die Abschaltvorrichtung im Smart Meter könne somit nicht aus der Ferne wieder aktiviert werden (act. 13 Frage 5). Zugriff auf den AMIS Adapter in Rorschacherberg hätten nur ausgewählte Mitarbeiter/innen der Technischen Betriebe der Gesuchsgegnerin und Mitarbeiter/innen der elog AG, welche für den sicheren Betrieb der Systeme verantwortlich sei. Jeder verfüge über einen personalisierten Zugang, welcher wiederum durch den Vorgesetzten freigegeben werden müsse. In regelmässigen Abständen würden sämtliche Mitarbeiterlogins auf ihr Einsatzgebiet geprüft und wenn nötig aktualisiert (act. 25 Ergänzungsfrage zu Frage 10). Der Zugriff erfolge über eine Zwei- Faktor-Authentifizierung auf das geschützte Rechenzentrum der elog AG (act. 13 Fragen 5 u. 6; act. 25 Frage 7). 58 Beim AMIS Adapter handle es sich um eine Softwareapplikation zur Geräteverwaltung der intelligenten Messgeräte, mit denen der AMIS Adapter das sogenannte intelligente Messsystem bilde. Der AMIS Adapter sei für eine funktionierende Messung zwingend notwendig (act. 25 Frage 5). Da es sich um eine zentrale Softwareapplikation des intelligenten Messsystems handle, sei es nicht möglich, einen Zugang zum AMIS Adapter einzurichten, bei dem nur der Gesuchsteller Zugriff auf die Abschaltfunktion hätte (act. 25 Frage 6). 59 Beim Rechenzentrum handle es sich ferner um ein Schweizer Datacenter, welches nach Tier-IV-Standard gebaut und Tier-III zertifiziert sei. Die Zonentrennung im Rechenzentrum der elog Energielogistik AG erfolge mittels neuesten Stands der Technik und unter Einhaltung der ISO 27001. Die Umgebung der elog AG sei in vier Zonen unterteilt, welche untereinander mittels Zonen-Firewalls abgesichert sind. Zum Schutz des Rechenzentrums seien gegen aussen zusätzliche Firewalls eingerichtet. Auf entsprechende Ergänzungsfragen des Gesuchstellers antwortete die Gesuchsgegnerin, die Einstellung der Parameter des eingesetzten Smartmeters könne nicht als unabänderlich fixiert werden, sämtliche Einstellungen würden durch den AMIS Adapter erfolgen. Diese Einstellungen seien nicht jederzeit durch den Gesuchsteller oder unabhängige Dritte überprüfbar und sichtbar. Der Smartmeter sende die Daten nicht autonom und periodisch, sondern erst auf Aufforderung von aussen hin (durch sogenanntes Anpingen über den AMIS Adapter). Die Abspeicherung

der Lastgangdaten erfolge pseudonymisiert (act. 25 S. 5 f. Ergänzungsfragen 8-11).

15/70 ElCom-D-D6B13401/73 60 In ihrer Eingabe vom 31. Oktober 2023 (act. 33) gab die Gesuchsgegnerin an, sie betreibe ein Kundenportal Smartmeter, auf das die Kunden mittels eines Logins zugreifen können. Dort gebe es eine Funktion Aktivierung Lastgang, mit der die Visualisierung des Lastgangs aktiviert werden könne (sofern dies durch den Kunden über das Endkundenportal entsprechend aktiviert worden sei; act. 33 Frage 11). Das Kundenportal sei nicht in das Smartmeteringsystem AMIS integriert, weshalb eine zusätzliche Datenübertragung vom AMIS in das Kundenportal erforderlich sei, die mittels verschlüsselter Datenübertragung (SFTP) erfolge (act. 33 Frage 12-14). In das Kundenportal würden zudem verrechnungsrelevante Registerwerte übertragen. Diese würden den Kunden als Verbrauchsübersicht dienen und würden via verschlüsselter SSL-Webschnittstelle direkt aus dem Abrechnungssystem angefragt (act. 33 Frage 15). Die Gesuchsgegnerin bewahre die Messdaten fünf Jahre im Kundenportal auf (act. 33 Frage 16). Alle zwei Monate stelle sie Rechnungen für den effektiv angefallenen Verbrauch. Dafür verwende sie entweder direkt vom Smartmeter fernausgelesene kumulierte Verbrauchswerte oder bilde aus den Lastgängen kumulierte Verbrauchswerte. Grundsätzlich könne sie die Rechnungen nur anhand von Lastgangwerten erstellen. Dies sei auch bei Wohnungswechseln der Fall. Wenn bei diesen keine automatische Fernablesung der kumulierten Verbrauchswerte möglich sei, würden zusätzliche Kosten von rund 50 Franken für die manuelle Ablesung vor Ort und die manuelle Verarbeitung der Daten anfallen. Bei der Weitergabe an die Beteiligten nach Artikel 8 Absätze 3 und 4 StromVV verwende sie Lastgangdaten und kumulierte Verbrauchswerte (act. 33 Fragen 19- 22). Für die Rechnungsstellung bewahre sie Messdaten als kumulierte Verbrauchswerte oder Lastgangdaten ein Jahr im AMIS, sowie je fünf Jahre im Energiedatenmanagementsystem (EDM) und im Kundenportal auf (Fragen 23, 24). Zudem bewahre sie die kumulierten Verbrauchswerte, auf deren Grundlage sie die Rechnungen erstelle, zehn Jahre im Rechnungssystem auf. Letzteres erfolge aufgrund von Artikel 958f Absatz 1 OR des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220]; act. 33 Fragen 23 und 41). 61 Die Lastgangwerte einzeln und/oder ihre Summe alle Monate oder alle 60 oder 61 Tage vom Smartmeter abzurufen, wäre grundsätzlich möglich. Dabei wären aber einige Einschränkungen zu beachten, unter anderem, dass die Kommunikationskapazitäten der meisten heutigen intelligenten Messsysteme nicht ausreichen würden für eine flächendeckende Einrichtung einer solchen Ablesung und dass eine Vielzahl von Folgesystemen wie die Mess- und Informationsprozesse gemäss Artikel 8 Absatz 3 und 4 StromVV die tägliche Lastgangauslesung verwende (act. 33 Frage 25). Die Gesuchsgegnerin verwende die Lastgangdaten neben der Abrechnung und Weitergabe an die Beteiligten nach Artikel 8 Absätze 3 und 4 StromVV für weitere Zwecke wie den Einsatz von Tarifsystemen sowie für den sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzbetrieb, die Netzbilanzierung und die Netzplanung. So würden die Lastgangdaten in Einzelfällen zur Überwachung und Sicherstellung der geforderten Powerqualität bei möglichen Normverletzungen (sicherer, leistungsfähiger und effizienter Netzbetrieb) und Netzberechnungen von Neuanlagen (Netzplanung) verwendet. Durch interne Prozesse werde sichergestellt, dass die Verwendung der Daten ausschliesslich in pseudonymisierter Form stattfinde (act. 33 Fragen 26 u. 27).

16/70 ElCom-D-D6B13401/73 62 Auf dem internen Speicher des Smartmeters könnten die Lastgangdaten gemäss den Angaben des Herstellers maximal 88 Tage gespeichert werden. Danach würden sie automatisch mit neuen Daten überschrieben. Unter Berücksichtigung der genannten Einschränkungen wäre es zwar technisch machbar, durch Spezialkonfigurationen bei einzelnen Kunden auf den täglichen Abruf der Lastgangwerte zu verzichten und die Daten nur alle zwei Monate (für die Erstellung der Rechnungen) oder noch seltener zu übertragen. Die weiteren mit den «Smartmeter-Daten» zu erfüllenden Zwecke (Abrechnung und Weitergabe an die Beteiligten nach Artikel 8 Absatz 3 und

E. 4

Oktober 2023). 79 Mit dem Bundesgesetz vom 15. Dezember 2017 über den Um- und Ausbau der Stromnetze, in Kraft seit 1. Juni 2021 (AS 2019 1349; BBl 2016 3865), hat das Parlament Artikel 17b StromVG zur geltenden Version abgeändert. In den Beratungen haben die eidgenössischen Räte namentlich diskutiert, ob das Erfordernis der aktiven Zustimmung («Opt-In») in Absatz 3 ersetzt werden soll durch ein «Opt-Out-Modell», wonach die Zustimmung vermutet wird, wenn die Betroffenen intelligente Steuer- und Regelsysteme nicht ausdrücklich ablehnen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 6.4.3 mit Hinweisen auf die parlamentarischen Beratungen). Über die Definition im ersten Absatz der Bestimmung haben die beiden Räte nicht gesprochen, aus den Voten zum Zustimmungserfordernis geht aber hervor, dass die Steuerung für die Nutzung von Flexibilität erfolgen soll und mit intelligenten Steuer- und Regelsystemen unterbrechbare Verbraucher wie Boiler, Strassenlampen und Wärmepumpen ein- und ausgeschaltet werden können (AB 2017 N 745, 773 f., S. 825]). Das Zustimmungserfordernis («Opt-in») wurde aber beibehalten. Dementsprechend schliesst (auch) das Bundesverwaltungsgericht aus der Entstehungsgeschichte, die Aufnahme von Artikel 17b StromVG in das Gesetz sei damit begründet worden, dass es neben der intelligenten Messung auch einer intelligenten Steuerung und Regelung bedürfe, um Stromverbrauch, Produktion und Stromnetze intelligent zu betreiben (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 6.4.2). 80 Ein zentrales Element der gesetzlichen Definition sei die Möglichkeit der ferngesteuerten Einflussnahme auf die genannten Vorgänge im Zusammenhang mit dem Stromnetz (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 6.4.2 mit Hinweis auf BLÄTTLER MANUEL, Kommentar Energierecht III, Art. 17b StromVG Rz. 17; Hervorhebung durch die ElCom). Der Verordnungsgeber sei mit dem Erlass von Artikel 8c Absatz 5 und 6 StromVV dem in Artikel 17b Absatz 3 StromVG verankerten Grundsatz gefolgt, dass der Endverbraucher über die durch intelligente Steuer- und Regelsysteme ermöglichte Flexibilität, d.h. die (direkte oder indirekte) Beeinflussung der Einspeisung und der Speicherung von Energie oder des Verbrauchs verfügen könne. Es stehe ihm frei, wie er seine Flexibilität nutzt bzw. wem er sie anbietet; ein Vorrecht des Netzbetreibers auf die Nutzung der Flexibilität bestehe nicht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 6.4.4 mit Hinweis auf die Erläuterungen StromVV 2017 S. 3; BLÄTTLER MANUEL, a. a. O., Art. 17b StromVG Rz. 35). Wie Blätter zutreffend ausführt, bewirkt Artikel 17b StromVG überdies einen eigentlichen Paradigmenwechsel, da bisher viele Netzbetreiber Rundsteueranlagen ausschliesslich für den stabilen Netzbetrieb einsetzten und die Flexibilität nun zu einem handelbaren Gut gemacht werden soll, welches neu dem Endverbraucher, Erzeuger oder Speicherbetreiber zusteht, bei dem ein intelligente Steuer- und Regelsystem installiert ist (BLÄTTLER MANUEL, a. a. O., Art. 17b StromVG Rz. 15). 81 Bezüglich Abschaltfunktion und Zustimmungserfordernis kann aus der

systematischen Auslegung nichts abgeleitet werden, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

22/70 ElCom-D-D6B13401/73

E. 4.1

Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts 66 Das Bundesverwaltungsgericht hat insbesondere erwogen, der beim Gesuchsteller eingebaute Typ Smartmeter verfüge gemäss einer ihm erteilten Auskunft der Beschwerdegegnerin vom 5. Mai 2021 und einem zugehörigen Datenblatt über eine Abschaltfunktion. Mit dieser Funktion könne die Energiezufuhr laut der Beschwerdegegnerin ferngesteuert und vollständig unterbrochen werden (Urteil A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 6.4.1). Soweit der Smartmeter durch die genannte Funktion den Unterbruch des Strombezugs durch Fernsteuerung bewirken könne, falle er unter die Definition der intelligenten Steuer- und Regelsysteme, welche in Artikel 17b StromVG geregelt seien (E. 6.4.2). Dessen Absatz 3 halte ausdrücklich fest, dass der Einsatz von Steuer- und Regelsystemen bei Endverbrauchern, Erzeugern und Speicherbetreibern der Zustimmung der Betroffenen bedürfe (E. 6.4.3). 67 Die Installation eines intelligenten Steuer- und Regelsystems ohne Einverständnis des Endverbrauchers sei dem Netzbetreiber demnach lediglich im Hinblick auf die Abwendung einer unmittelbaren, erheblichen Gefährdung des sicheren Netzbetriebs erlaubt (Art. 8c Abs. 5 StromVV). Trete diese ein, dürfe er das System auch ohne Zustimmung des betroffenen Endverbrauchers einsetzen (Art. 8c Abs. 6 StromVV). Es sei nicht ersichtlich oder dargelegt, dass die Gesuchsgegnerin den Smartmeter mit Abschaltfunktion mit Blick auf die Verhinderung einer Gefährdungssituation eingebaut hätte bzw. damit Gefährdungen des Netzbetriebs verhindert werden könnten. Die genannten Ausnahmetatbestände liessen sich daher nicht als gegeben annehmen (E. 6.4.4). 68 Der Gesuchsteller habe soweit ersichtlich keine Zustimmung zur fernsteuerbaren Abschaltfunktion erteilt. Seine Auffassung, wonach unter diesen Umständen keine Rechtsgrundlage für den Einsatz der Abschaltfunktion besteht, erweise sich demnach als zutreffend (E. 6.4.5). Dies bedeute indes nicht zwangsläufig, dass der Smartmeter auszuwechseln sei. In Betracht falle, dass die Abschaltfunktion beim Gesuchsteller nicht aktiviert sei (E. 6.4.6). Der dem Gesuchsteller per E-Mail erteilten Auskunft der Sachbearbeiterin der Elektrizitätsversorgung vom 5. Mai 2021 sei zu entnehmen, dass die Funktion nur auf Wunsch der Endkunden für ein «Prepayment» (Strombezug gegen Vorauszahlung) eingesetzt werde und sie grundsätzlich ferngesteuert aktiviert werden könne. Es gehe daraus jedoch nicht vertieft hervor, wie es sich mit der Abschaltfunktion insbesondere bei den übrigen Kunden in technischer und betrieblicher Hinsicht verhalte. Beispielsweise sei nicht ersichtlich, ob die fernsteuerbare Funktion in der Weise deaktiviert sei oder so deaktiviert werden könne, dass sie sich ohne Mitwirkungshandlung des Gesuchstellers nicht einseitig (wieder) aktivieren lasse (E. 6.4.6). 69 Das Bundesverwaltungsgericht hat die Angelegenheit an die ElCom zurückgewiesen, um zu prüfen, ob der Abschaltfunktion in ihrer bestehenden technischen Ausgestaltung das Zustimmungserfordernis nach Artikel 17b Absatz 3 StromVG entgegenstehe. Genüge der Smart Meter den Anforderungen nicht, habe sie abzuklären, ob sich das Zustimmungserfordernis durch geeignete technische oder allenfalls organisatorische bzw. betriebliche Massnahmen wahren lasse, und diese aus Gründen der Verhältnismässigkeit der Auswechslung des Smartmeters vorzuziehen seien (E. 6.4.7). Das Bundesverwaltungsgericht hat weiter erwogen, dass die Endverbraucher grundsätzlich verpflichtet sind, den Einbau und Betrieb von intelligenten Messsystemen zu dulden, ohne

dass dazu ihre Zustimmung erforderlich ist (E. 5.1.3).

19/70 ElCom-D-D6B13401/73

E. 4.2

Siemens Smart Meter TD-3511 als intelligentes Steuer- und Regelsystem

E. 4.2.1

Rechtsgrundlage und Auslegung

Intelligente Steuer- und Regelsysteme sind Einrichtungen, mit denen ferngesteuert auf den Verbrauch, die Erzeugung oder die Speicherung von Strom, namentlich zur Optimierung des Eigenverbrauchs oder zur Sicherstellung eines stabilen Netzbetriebs, Einfluss genommen werden kann (Art. 17b Abs. 1 StromVG). Der Wortlaut in französischer und italienischer Sprache stimmen im Wesentlichen mit dem deutschen Wortlaut überein («installations permettant d'agir à distance sur la consommation [...]»; «dispositivo che permette di influenzare a distanza [...]»).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bildet der Wortlaut einer Bestimmung (grammatikalisches Element) zwar den Ausgangspunkt jeder Gesetzesauslegung. Diese hat sich aber vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Das Bundesgericht befolgt deshalb einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 145 III 63 E. 2.1; 141 III 195 E. 2.4; 140 III 206 E. 3.5.4; 140 IV 1 E. 3.1; je mit Hinweisen). Ist der Wortlaut klar, d.h. eindeutig und unmissverständlich, so darf allerdings nur davon abgewichen werden, wenn ein triftiger Grund für die Annahme besteht, der Wortlaut ziele am "wahren Sinn" – am Rechtssinn – der Regelung vorbei. Anlass für eine solche Annahme können die Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historisch), deren Zweck (teleologisch) oder der Zusammenhang mit anderen Vorschriften (systematisch) geben, so namentlich, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, welches der Gesetzgeber so nicht gewollt haben kann (BGE 148 V 162 E. 5.2; 145 V 289 E. 4.1; 144 V 327 E. 3; 142 V 402 E. 4.1; je mit Hinweisen). Eine Gesetzesinterpretation *lege artis* kann ergeben, dass ein Wortlaut zu weit gefasst und auf einen an sich davon erfassten Sachverhalt nicht anzuwenden ist (so genannte teleologische Reduktion; vgl. BGE 143 II 268 E. 4.3.1; 141 V 191 E. 3). Der Auslegungsvorgang soll zu einem vernünftigen, praktikablen und befriedigenden Ergebnis führen, das dem Problemlösungsbedarf Rechnung trägt, ohne die Wertungsentscheidungen des geschichtlichen Normsetzers zu missachten (BGE 141 II 262 E. 4.1 mit Hinweis auf TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 25 Rz. 2 S. 208).

E. 4.2.2

Grammatikalische Auslegung 72 Artikel 17b Absatz 1 StromVG definiert intelligente Steuer- und Regelsysteme wie erwähnt als Einrichtungen, mit denen ferngesteuert auf den Verbrauch, die Erzeugung oder die Speicherung von Strom, namentlich zur Optimierung des Eigenverbrauchs oder zur Sicherstellung eines stabilen Netzbetriebs, Einfluss genommen werden kann. 73 Wie das Bundesverwaltungsgericht erwogen hat (Urteil A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 6.4.2), kann mit der Unterbrechung der Stromzufuhr Einfluss auf den Verbrauch von Endverbrauchern genommen werden. Deshalb fällt der

beim Gesuchsteller installierte Smartmeter mit Abschaltfunktion dem Wortlaut nach unter die Definition des intelligenten Steuer- und Regelsystems. Gemäss den Angaben der Gesuchsgegnerin wird die Abschaltvorrichtung durch einen Befehl auf der Smart Metering Plattform in der Softwareapplikation betätigt, welche die Gesuchsgegnerin zur Verwaltung der intelligenten Messgeräte verwendet. Durch diesen Befehl wird ferngesteuert die Stromlieferung unterbrochen (act. 13 Frage 5). Wenn bei Endverbrauchern der Strom abgeschaltet bzw. dessen Zufuhr unterbrochen wird, beeinflusst dies offensichtlich ihren Verbrauch. Der Umstand, dass die Abschaltvorrichtung im Smartmeter nicht aus der Ferne wieder aktiviert werden kann, hat nicht zur Folge, dass dieser nicht unter die Definition fällt.

20/70 ElCom-D-D6B13401/73 74 Gemäss der gewählten Formulierung sind die beiden genannten Zwecke Beispiele; es handelt sich nicht um eine abschliessende Aufzählung. Obwohl der Begriff «intelligentes Steuer- und Regelsystem» dies nahelegen würde, kann dem Wortlaut der Definition auch nicht entnommen werden, dass eine differenzierte Form von Einflussnahme wie eine mehrstufige oder bidirektionale Steuerung oder zumindest eine ferngesteuerte Wiederherstellung der Stromzufuhr erforderlich wäre. 75 Dass die Abschaltfunktion einzig für das Forderungsmanagement und nicht für die Optimierung des Eigenverbrauchs oder zur Sicherstellung eines stabilen Netzbetriebs installiert wurde, vermag daher nichts daran zu ändern, dass der Smartmeter gemäss dem Wortlaut der Norm unter die Definition eines intelligenten Steuer- und Regelsystems fällt.

E. 4.2.3

Historische, teleologische und systematische Auslegung 76 Das Parlament hat Artikel 17b StromVG im Rahmen der Beratungen zum ersten Massnahmepaket der Energiestrategie 2050 in die Vorlage eingefügt und durch Anhang Ziffer II 9 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (SR 732.0) in das Gesetz eingefügt (AB 2014 N 1258 f., AB 2015 S. 1036 f., AB 2016 N 109; AS 2017 6839; BBl 2013 7561). Auf Antrag von Nationalrat Grossen hatte zuerst der Nationalrat mit deutlicher Mehrheit beschlossen, zusätzlich zu den vom Bundesrat vorgeschlagenen Bestimmungen für intelligente Messsysteme auch Regeln für intelligente Steuer- und Regelsysteme aufzunehmen (AB 2014 N 1258 f.). Zur Begründung hat Nationalrat Grossen dabei unter anderem ausgeführt, um Stromverbrauch, Produktion und Stromnetze intelligent zu betreiben, sei es notwendig, dass neben dem Messen auch intelligent gesteuert und geregelt werden könne. Lastverschiebungen bzw. Demand Side Management seien zentrale Elemente für Smart Grids und zur Reduktion der Stromnetzbelastung. Dementsprechend sollten intelligente Steuer- und Regelsysteme definiert werden als Einrichtungen zur Lastverschiebung, zur Optimierung des Eigenverbrauchs und zur Reduktion der Verteilnetzbelastung (AB 2014 N 1258 f.; zur Bedeutung und Wichtigkeit von Smart Grids für die Versorgungssicherheit und die Stabilität des Netzbetriebs siehe unten Rz. 185). 77 Der Ständerat nahm das Anliegen des Nationalrates auf, in diesem Bereich Regeln vorsehen zu können. Er hat die Version gemäss Antrag Grossen aber durch einen zusätzlichen Gesetzesartikel (Art. 17b StromVG) ersetzt, um – nicht näher beschriebene – legislatorische und inhaltliche Probleme der nationalrätlichen Ergänzung auszuräumen. Absatz 1 enthielt neu die bis heute geltende Definition von intelligenten Steuer- und Regelsystemen (AB 2015 S. 1036 f.). Aus den von der ElCom für ein besseres Verständnis des Hintergrundes von Artikel 17b StromVG beigezogenen Protokollen über die Detailberatungen der national- und ständerätlichen Kommissionen für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerats (UREK-N und

UREK-S) geht hervor, dass Artikel 17b StromVG von der Verwaltung vorgeschlagen wurde. Diese führte dazu unter anderem aus, intelligente Steuer- und Regelsysteme seien Systeme, mit denen ferngesteuert auf Geräte wie Speicher oder Boiler zugegriffen werden könne. Dies werde heute schon praktiziert, beispielsweise wenn Netzbetreiber zu gewissen Zeiten die Stromzufuhr zu Boilern unterbinden würden, um das Netz zu entlasten. Die Verwaltung hätte das Gespräch mit Nationalrat Grossen gesucht, um mit ihm zu klären, was mit dem Beschluss des Nationalrates genau gemeint sei. Daraus sei ihr Vorschlag entstanden. Die UREK-S hat dem Vorschlag der Verwaltung ohne Diskussion zugestimmt (S. 74 f. des Protokolls der UREK-S vom 10.–12. August 2015). Der Nationalrat hat am 2. März 2016 seine Zustimmung zu diesem Vorschlag erteilt, ohne dass dabei oder in den Protokollen der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrats weitere Voten zur Definition von Steuer- und Regelsystemen festgehalten wurden (vgl. AB 2016 N 109). In den übrigen Gesetzesmaterialien, insbesondere den Protokollen der UREK-N vom 5.–6. Oktober 2015; 2.–3. November 2015 und 25.–26. Januar 2016, finden sich ebenfalls keine diesbezüglichen Stellungnahmen.

21/70 ElCom-D-D6B13401/73 78 Gemäss den Erläuterungen des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK zu den Ausführungsbestimmungen zum neuen Energiegesetz vom 30. September 2016, Teilrevision der Stromversorgungsverordnung, November 2017, S. 11 (nachfolgend Erläuterungen StromVV 2017) soll durch intelligente Steuer- und Regelsysteme dem Markt oder dem Netz die sogenannte Flexibilität zugeführt werden, die zum Ausgleich der Fluktuationen der neuen erneuerbaren Energien notwendig ist. Unter Flexibilität wird die direkte oder indirekte Beeinflussung der Einspeisung von elektrischer Energie, deren Speicherung oder des Verbrauchs durch Netzbetreiber oder andere Akteure verstanden. Als Folge davon könne die Ein- oder Ausspeisung von elektrischer Energie moduliert werden (Erläuterungen StromVV 2017 S. 3). Intelligente Steuer- und Regelsysteme beschreibt der Bundesrat als die Werkzeuge, welche die Flexibilität erst nutzbar machen (Revision des Stromversorgungsgesetzes [volle Strommarktöffnung, Speicherreserve und Modernisierung der Netzregulierung], Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Oktober 2018 S. 35; abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/54044.pdf>, zuletzt besucht am

E. 4.2.4

Ergebnis der Auslegung 82 Der vorliegend zu beurteilende Smartmeter mit Abschaltfunktion fällt gemäss dem Wortlaut unter Artikel 17b Absatz 1 StromVG und gilt damit als intelligentes Steuer- und Regelsystem, welches grundsätzlich nur mit Zustimmung des Gesuchstellers installiert und verwendet werden darf. Aus der historischen und der teleologischen Auslegung und auch den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich allerdings, dass sich die Bedeutung der intelligenten Steuer- und Regelsysteme nicht in der blossen Einflussnahme auf Verbrauch, Erzeugung oder Speicherung erschöpft. Über den Wortlaut der gesetzlichen Definition hinaus sollen diese Vorgänge vielmehr zum Zweck der Nutzung von Flexibilität erfolgen. Mit reinen Abschaltfunktionen wie der vorliegenden ist dies nicht möglich. Z.B. kann damit nicht die Leistung verbrauchsintensiver Anwendungen wie Boiler, Wärmepumpen oder Elektromobilität reduziert und wieder erhöht werden. Folglich erscheint der Wortlaut als zu weit gefasst und nicht von der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der Bestimmung gedeckt. Von einem klaren Wortlaut wie dem vorliegenden darf nach der oben zitierten Rechtsprechung zwar

nur abgewichen werden, wenn ein triftiger Grund für die Annahme besteht, dass er am "wahren Sinn" bzw. dem Rechtssinn der Regelung vorbeizieht (vgl. Rz. 71). Vorliegend ist jedoch zumindest fraglich, ob nicht solche triftigen Gründe vorliegen und in teleologischer Reduktion von einer Anwendung von Artikel 17b Absatz 1 StromVG auf den vorliegenden Sachverhalt abgesehen werden könnte.

E. 4.2.5

Bindung der ElCom an den Rückweisungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts und Zwischenfazit 83 Hebt die Beschwerdeinstanz den angefochtenen Entscheid auf und weist sie die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück, so hat Letztere jedoch die Erwägungen, mit denen die Rückweisung begründet wird, ihrem neuen Entscheid zugrunde zu legen. Die Beschwerdeinstanz ist auch selbst an ihre früheren Erwägungen gebunden, wenn der neue Entscheid der unteren Instanz wieder weitergezogen wird. Sie kann davon nur ausnahmsweise abweichen, wenn sich daraus ein in höchstem Masse stossendes Ergebnis ergeben würde (WEISSENBERGER PHILIPPE/HIRZEL ASTRID, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), VwVG - Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 61 N 28 mit Hinweis auf BGE 94 I 384 E. 2; 117 V 237; 122 I 250; zum Ganzen siehe auch KÖLZ ALFRED / HÄNER ISABELLE / BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, N 1158, nach denen jedenfalls eigentliche Revisionsgründe vorbehalten bleiben müssten). 84 Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht erwogen, der Smartmeter falle unter die Definition eines intelligenten Steuer- und Regelsystems, soweit seine Abschaltfunktion es der Gesuchsgegnerin ermögliche, die Stromzufuhr des Gesuchstellers einseitig zu unterbrechen. Aus den zu diesem Zweck vorgenommenen Sachverhaltsabklärungen hat sich ergeben, dass dies möglich ist. Eine teleologische Reduktion des Wortlauts von Artikel 17b Absatz 1 StromVG würde somit dem für die ElCom verbindlichen Rückweisungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts widersprechen. 85 Die (zu) weite Definition der intelligenten Steuer- und Regelsysteme war noch nicht in Kraft, als die Gesuchsgegnerin die Smartmeter beschafft hat. Deshalb musste sie nicht unbedingt damit rechnen, dass diese als intelligente Steuer- und Regelsysteme gelten. Wenn sie oder andere Netzbetreiber nun infolge der Anordnung des Ausbaus im vorliegenden Fall eine grosse Anzahl an Smartmetern mit Abschaltfunktion auswechseln müsste, kann dies für die betreffenden Netzbetreiber bzw. Gemeinden und die dortigen Endverbraucher hohe Kosten zur Folge haben. Dies kann durchaus als stossend erachtet werden und erscheint insbesondere unverhältnismässig, da der Einsatz der Abschaltfunktion für andere Zwecke als Gefährdungen des Netzbetriebs einer zusätzlich einzuholenden separaten Zustimmung bedarf.

23/70 ElCom-D-D6B13401/73 86 Obwohl es mangels Möglichkeit zur Nutzung von Flexibilität fraglich erscheint, ob es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, Artikel 17b StromVG auf den beim Gesuchsteller eingebauten Smartmeter anzuwenden, ist folglich aufgrund der Bindungswirkung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zumindest im erstinstanzlichen Rückweisungsverfahren von einer teleologischen Reduktion abzusehen. 87 Der von der Gesuchsgegnerin beim Gesuchsteller installierte Smartmeter TD-3511 ist somit als intelligentes Steuer- und Regelsystem im Sinne von Artikel 17b StromVG zu behandeln.

E. 4.3

Keine Ausnahme vom Zustimmungserfordernis: Installation nicht im Hinblick auf
Netzicherheit 88 Die Gesuchsgegnerin hat angegeben, dass sie den Smartmeter mit
fernsteuerbarer Abschaltfunktion nicht im Hinblick auf die Abwendung einer unmittelbaren
erheblichen Gefährdung des sicheren Netzbetriebes installiert habe. Für diesen setze sie im
Versorgungsgebiet und auch beim Gesuchsteller weiterhin die bestehende
Rundsteueranlage ein (act. 13 Fragen 1 u. 5; act. 25). Mit dem Bundesverwaltungsgericht
(E. 6.4.4) kann daher festgehalten werden, dass die Voraussetzungen, um ausnahmsweise
auf eine Zustimmung zu verzichten (Art. 8c Abs. 5 und 6 StromVV), nicht erfüllt sind.
Damit bedarf der Einsatz des Smartmeters vorbehältlich der Ausführungen in der
nachfolgenden Randziffer der Zustimmung des Gesuchstellers. 89 Weiter ist allerdings
darauf hinzuweisen, dass durch die Betätigung von Abschaltfunktionen auch Last
abgeworfen werden kann. Namentlich kann es bei Gefährdungen des sicheren Betriebs des
Übertragungsnetzes sinnvoll sein, einzelne Netzabschnitte abzuwerfen (bzw. abzuschalten),
um das Netz zu entlasten. Die ElCom-Mitteilung «Manueller Lastabwurf Umsetzung in der
Regelzone Schweiz» vom 8. Juni 2017 mit Update vom 13. Dezember 2022 (vgl. Ziff. 2;
abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Mitteilungen) sowie die Branchenempfehlung
«Manueller Lastabwurf» des VSE vom 8. Mai 2019 (vgl. Ziff. 1.2(5) u. 3(1); abrufbar unter
www.strom.ch > Downloads) sehen diese Möglichkeit explizit vor als Letztmassnahme zur
Abwendung eines unkontrollierten Netzausfalls. Mit Abschaltfunktionen wären dabei
differenziertere Abschaltungen möglich als beim Abwurf ganzer Transformatorenstationen.
Dies gilt nicht zwingend nur bei Endverbrauchern mit verbrauchsintensiven Anwendungen.
So könnten mit Abschaltfunktionen bestimmte Gruppen von Verbrauchern in einem
gefährdeten Netzgebiet – etwa gewöhnliche Haushalte – abgeschaltet werden, während
andere, besonders sensible Verbraucher wie z.B. Spitäler, weiter versorgt werden. 90 Diese
Überlegungen sind zwar bislang rein theoretischer Natur – in der Schweiz ist noch nie ein
manueller Lastabwurf auf der Grundlage der erwähnten Dokumente angeordnet worden.
Bei gegebenen Voraussetzungen ist die nationale Netzgesellschaft aber verpflichtet,
manuelle Lastabwürfe anzuordnen (vgl. Ziff. 3 der erwähnten ElCom-Mitteilung). In
diesem Ausnahmefall erscheint es demnach grundsätzlich möglich, Smartmeter mit
fernsteuerbaren Abschaltfunktionen wie den vorliegenden zum Zweck der Gewährleistung
des sicheren Netzbetriebes zu nutzen. Folglich wäre es nicht ausgeschlossen, solche
Smartmeter im Hinblick auf die Abwendung einer unmittelbaren erheblichen Gefährdung
des sicheren Netzbetriebes zu installieren und im Falle deren Eintretens einzusetzen. Dies
würde allerdings voraussetzen, dass die Abschaltfunktion tatsächlich eingesetzt werden
kann und nicht durch eine entsprechende Parametrierung blockiert wird, weil sie dann bei
einer Gefährdung eben gerade nicht eingesetzt werden kann. Vorliegend hat die
Gesuchsgegnerin jedoch erklärt, sie setze diese einzig für das Forderungsmanagement ein
(act. 13 Frage 1). Bereits aus diesem Grund ist es hier nicht möglich, die Berechtigung für
die Verwendung der Abschaltfunktion ohne Zustimmung des Gesuchstellers aus Artikel 8c
Absatz 5 und 6 StromVV abzuleiten.

24/70 ElCom-D-D6B13401/73 91 Der Einsatz der streitgegenständlichen Abschaltfunktion
braucht daher die Zustimmung des Gesuchstellers. Da eine solche nicht vorliegt, ist zu
prüfen, ob der Smartmeter zu entfernen ist, oder durch geeignete technische, oder
organisatorische bzw. betriebliche Massnahmen gewährleistet werden kann, dass die
Abschaltfunktion nicht ohne Zustimmung des Gesuchstellers eingesetzt werden kann und
diese aus Gründen der Verhältnismässigkeit der Auswechslung des Siemens Smart Meter
TD-3511 vorzuziehen sind (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A- 2372/2021 vom 26.

Juli 2022 E. 6.4.7).

E. 4.4

Wahrung Zustimmungserfordernis durch technische oder organisatorische bzw. betriebliche Massnahmen 92 Wie aus den Antworten der Gesuchsgegnerin erhellt, kann die Abschaltfunktion nicht mechanisch entfernt werden (act. 13 Frage 2; act. 25 Frage 1). Zudem wird die Stromzufuhr durch die Betätigung komplett unterbrochen. Wenn der Anschluss in Betrieb ist, ist die Funktion aber immer aktiv und eine Unterbrechung möglich. Deshalb kann das Zustimmungserfordernis auch nicht dadurch gewahrt werden, dass die Funktion betätigt und dann in nicht aktiviertem Zustand belassen wird. Technische Massnahmen kommen hier somit nicht in Betracht. 93 Der Zugriff auf den AMIS Adapter, über den die Funktion ausgelöst werden kann, ist nur wenigen Personen möglich und diese müssen sich mit Zwei-Faktor-Authentifizierung identifizieren, um ihn auszuüben. Überdies sind als organisatorische bzw. betriebliche Massnahmen vorgesehen, dass säumigen Kunden anstelle einer Abschaltung ein Prepayment (Stromlieferung anhand eines Energieguthabens) eingerichtet werden kann. Vor einer Abschaltung wegen der Nichtzahlung von Rechnungen werden zudem mehrere Mahnungen verschickt und zusätzlich eine fünftägige Frist abgewartet, in der Absprachen mit anderen Gemeindeeinheiten (Finanzverwaltung und Gemeindepräsidium) erfolgen. Erst in letzter Instanz wird gegebenenfalls die Stromversorgung abgeschaltet. Dieser Prozess sieht jedoch nur für eine der möglichen Einsatzarten der Abschaltfunktion eine Kontrolle vor. 94 Soweit der Gesuchsteller geltend macht, die Gesuchsgegnerin könne die Funktion jederzeit aus anderen Gründen einsetzen, trifft dies zu. Weitere Gründe für einen Einsatz sind aber nicht gerade offensichtlich: Wie oben erläutert, ist eine Steuerung oder ein Regeln im Sinne der Nutzung von Flexibilität nicht möglich. Der Einsatz der Abschaltfunktion für den sicheren Netzbetrieb wäre wie erwähnt (Rz. 88 ff.) auch ohne Zustimmung zulässig. Weitere ungerechtfertigte Einsätze sind wenig wahrscheinlich. 95 Der Einsatz der Abschaltfunktion kann im vorliegenden Fall durch technische, oder organisatorische bzw. betriebliche Massnahmen nicht ganz ausgeschlossen werden. Die Wahrscheinlichkeit einer Betätigung der Abschaltfunktion wird dadurch aber wesentlich reduziert. Um zu gewährleisten, dass die Gesuchsgegnerin die Abschaltfunktion nicht auf unzulässige Weise einsetzt, ist ihr zusätzlich im Dispositiv der Verfügung unter Strafandrohung zu verbieten, die Abschaltfunktion ohne Zustimmung des Gesuchstellers für andere Zwecke als zur Abwendung einer unmittelbaren erheblichen Gefährdung des sicheren Netzbetriebs einzusetzen. Gemäss Artikel 29 Absatz 1 Buchstaben g StromVG wird mit Busse bis zu 100'000 Franken bestraft, wer vorsätzlich von den zuständigen Behörden verlangte Auskünfte verweigert oder unrichtige Angaben macht oder gegen eine unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn gerichtete Verfügung verstösst. Im Falle einer Nichtbefolgung der vorliegenden Verfügung wird die ElCom die Angelegenheit zwecks Eröffnung eines Verwaltungsstrafverfahrens an das Bundesamt für Energie weiterleiten.

25/70 ElCom-D-D6B13401/73

E. 4.5

Kein Anspruch auf konventionellen Stromzähler 96 Der Gesuchsteller beantragt, der Smartmeter sei durch einen konventionellen Stromzähler zu ersetzen. Hinsichtlich dieses Antrags ist zu berücksichtigen, dass das Bundesverwaltungsgericht erwogen hat, die ElCom habe in der Verfügung vom 6. April 2021 zu Recht und ohne Willkür auf das nach dem 1.

Januar 2018 bzw. im Zeitpunkt ihres Entscheids geltende Recht abgestellt, obwohl die Gesuchsgegnerin den Smartmeter beim Beschwerdeführer bereits am 30. Oktober 2017 eingebaut habe. Neben dem Argument, dass der Gesuchsteller sich vorab gegen den Einsatz des Smart Meters und dessen Funktionen bzw. die damit verbundene Erfassung von Daten wende, hat das Bundesverwaltungsgericht dies auch damit begründet, dass es einem prozessualen Leerlauf nahekäme, den Smartmeter zu entfernen, wenn nach der ab 1. Januar 2018 geltenden Rechtslage erneut ein intelligentes Messsystem einzubauen wäre (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 3.4 f.). Folglich wäre auch für die Beurteilung, ob der auszubauende Smartmeter durch einen konventionellen Stromzähler zu ersetzen ist, nicht auf das am 30. Oktober 2017 geltende Recht abzustellen. Das Bundesverwaltungsgericht hat weiter bestätigt, dass die Endverbraucher grundsätzlich verpflichtet sind, den Einbau und Betrieb von intelligenten Messsystemen zu dulden, ohne dass dazu ihre Zustimmung erforderlich ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 5.1.3). 97 Sodann hat die ElCom bereits in der Verfügung vom 6. April 2021 ausführlich dargelegt (Rz. 31- 34), dass die Netzbetreiber bis zehn Jahre nach Inkrafttreten der Änderung vom 1. November 2017 – d.h. bis zum 31. Dezember 2027 – mindestens 80 Prozent aller Messeinrichtungen mit intelligenten Messsysteme ausstatten müssen und die restlichen 20 Prozent bis zum Ende ihrer Funktionstauglichkeit im Einsatz stehen dürfen. Dabei liegt es grundsätzlich im Ermessen der Netzbetreiber, wann sie ihre Pflicht zur Einsetzung intelligenter Messsysteme erfüllen. Sofort mit einem intelligenten Messsystem auszustatten sind allerdings seit dem 1. Januar 2018 Endverbraucher, wenn sie von ihrem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch machen, und Erzeuger, wenn sie eine neue Erzeugungsanlage an das Elektrizitätsnetz anschliessen (vgl. Art. 31e Abs. 2 Bst. a und b StromVV). Die Endverbraucher, Erzeuger und Speicherbetreiber haben keinen Anspruch, dass bei ihnen weiterhin ein konventioneller Stromzähler verwendet wird. 98 Soweit der Gesuchsteller in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 20. Juli 2023 mit Hinweis auf Artikel 8a Absatz 3ter StromVV vorbringt, dass der Gesetzgeber von einem Verweigerungsrecht zur Installation eines intelligenten Messsystems ausgehe, ist dies nicht stichhaltig. Gemäss dieser Bestimmung kann der Netzbetreiber die Kosten, die ihm durch die Verweigerung der Installation eines intelligenten Messsystems entstehen, den Betroffenen individuell in Rechnung stellen. Wie die ElCom ebenfalls bereits in der ersten Verfügung in der vorliegenden Angelegenheit erläutert hat, wurde mit dieser Bestimmung lediglich ein zusätzliches Instrument geschaffen, um die Bereitschaft der Betroffenen zur Tolerierung des Einsatzes eines intelligenten Messsystems zu erhöhen (siehe Rz. 34 der Verfügung 233-00093 vom 6. April 2021 mit Hinweis auf die Erläuterungen des Bundesrats zur StromVV). Artikel 8a Absatz 3ter StromVV schafft somit ein Wahlrecht zur Durchsetzung des Smartmeter-Rollouts für den Netzbetreiber. Wenn Endverbraucher oder Erzeuger die Installation eines Smartmeters verweigern, kann dieser wählen, ob er ein Verfahren vor der ElCom einleiten oder die Mehrkosten in Rechnung stellen will (vgl. Verfügung 233-00091 der ElCom vom 11. Juni 2019 Rz. 35). Aus Artikel 8a Absatz 3ter StromVV lässt sich folglich weder ein Recht des Betroffenen auf Verweigerung noch eine Pflicht zur Akzeptierung einer solchen durch den Netzbetreiber ableiten.

26/70 ElCom-D-D6B13401/73 99 Der Vollständigkeit halber ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass sich aus den Sachverhaltsabklärungen ergeben hat, dass der Gesuchsteller auf der Liegenschaft an der [...] in Rorschacherberg eine Photovoltaikanlage betreibt, die im September 2019 an das Elektrizitätsnetz angeschlossen wurde und für die er

eine Einmalzahlung des Bundes erhalten hat. Die Gesuchsgegnerin hat die Anlage – wie vorgeschrieben – bereits mit einem intelligenten Messsystem ausgestattet und hat diesem Zweck ebenfalls einen (separaten) Siemens Smart Meter TD-3511 installiert. Der Gesuchsteller verkauft die mit dieser Anlage eingespeiste Elektrizität der Gesuchsgegnerin (act. 32 Beilage 1; act. 33 Antworten auf die Fragen 1-10). Im Zusammenhang mit der Photovoltaikanlage beanstandet der Gesuchsteller allerdings weder die Installation des intelligenten Messsystems noch die damit vorgenommenen Datenbearbeitungen, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist. 100 Nach dem Gesagten ist der Antrag auf Ersatz durch einen konventionellen Zähler selbst bei einem Ausbau des Smartmeters abzuweisen. Die Gesuchsgegnerin müsste nach der Entfernung des Siemens Smart Meter TD-3511 wieder einen Smartmeter installieren, wenn sie nicht mehr über konventionelle Stromzähler verfügt. Ansonsten würde es im Ermessen der Gesuchsgegnerin als Netzbetreiberin liegen, zu wählen, ob sie bei diesem einen Smartmeter oder einen konventionellen Stromzähler installieren würde. Da die Einigungsgespräche zwischen den Parteien erfolglos geblieben sind, ist aber anzunehmen, dass sie keinen konventionellen Stromzähler installieren würde. Soweit ersichtlich würde ein Ausbau somit zu einem prozessualen Leerlauf führen.

E. 4.6

Geltungsbereich Zustimmungserfordernis 101 Gemäss Artikel 17b Absatz 3 StromVG bedarf der Einsatz von intelligenten Steuer- und Regelsystemen bei Endverbrauchern, Erzeugern und Speichern der Zustimmung der Betroffenen, wobei der Bundesrat Ausnahmen vorsehen kann. Nach Artikel 8c Absatz 5 StromVV darf der Netzbetreiber ein intelligentes Steuer- und Regelsystem im Hinblick auf die Abwendung einer unmittelbaren erheblichen Gefährdung des sicheren Netzbetriebs auch ohne Zustimmung des Betroffenen installieren. 102 Dazu ist Folgendes anzumerken: Gemäss Duden kann sich das Wort Einsatz unter anderem auf ein eingesetztes bzw. einsetzbares (und herausnehmbares) Teil oder auf die Verwendung einer Sache beziehen (vgl. www.duden.de > Suche > Einsatz > Bedeutung; besucht am 6. Juni 2023). Sowohl Einsatz(teil) als auch Verwendung werden als Synonyme von Einsatz genannt (vgl. www.duden.de > Suche > Einsatz > Synonyme; besucht am 6. Juni 2023). Folglich kann in Artikel 17b Absatz 3 StromVG der physische Einsatz, d.h. die Installation und/oder der Einsatz im Sinne von Verwendung gemeint sein. Es geht somit nicht eindeutig aus dem Wortlaut der deutschen Version hervor, ob tatsächlich die beiden Vorgänge gemeint sind. 103 Die französische Fassung von Artikel 17b Absatz 3 StromVG lautet folgendermassen: «L'utilisation des systemes de commande et réglage intelligents requiert le consentement des consommateurs finaux, des producteurs et des agents de stockage chez lesquels ils sont installés.» Die italienische Fassung hat folgenden Wortlaut: «l'impiego di sistemi di controllo e di regolazione intelligenti installati presso i consumatori finali, i produttori e gli impianti di stoccaggio è subordinato al consenso degli interessati.» Diese beiden Versionen von Artikel 17b Absatz 3 StromVG sind eindeutig so zu verstehen, dass nur die Verwendung der Zustimmung bedarf, die Installation wird davon nicht erfasst (vgl. *Le Nouveau Petit Robert, Dictionnaire Alphabétique et Analogique*, 2009, S. 2665; *il Sansoni Francese*; Versione: 1.1.21.sf.; abrufbar unter <https://online.elexico.com/product/sf>). Zudem erwähnen die französische und die italienische Version explizit, dass die Zustimmung sich auf bereits installierte Regelsysteme bezieht, was suggeriert, dass die Installation keiner Zustimmung bedarf. 104 Die deutsche, französische und italienische Version des Gesetzestextes sind gleichwertig. Stimmen sie nicht überein, ist auf dem Wege der Auslegung der Sinn der Norm zu ermitteln und gestützt daraus festzustellen, welche Version ihn am klarsten ausdrückt (vgl. BGE 135

IV

27/70 ElCom-D-D6B13401/73 113 E. 2.4.2 mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B_64/2014 vom 26. Juni 2014 E. 1.4; zu den Auslegungsmethoden siehe unten Ziff. 4.2.1). 105 Wie nachstehend erläutert wird, ist im hier zu beurteilenden Fall jedoch von einer Entfernung des Stromzählers abzusehen, weil dieser sich als unverhältnismässig erweisen würde (Ziff. 4.7). Daher kann vorliegend offen bleiben, ob das Zustimmungserfordernis in Artikel 17b Absatz 3 StromVG auch für die Installation gilt und es ist auf eine Auslegung zu verzichten.

E. 4.7

Unverhältnismässigkeit des Ausbaus des Smartmeters 106 Das gesamte Staatshandeln hat das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten (vgl. Art. 5 Abs. 1 u. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999; BGE 131 V 107 E. 3.4.1 mit Hinweisen; SCHINDLER BENJAMIN in: Bernhard Ehrenzeller und Weitere [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 5 Rz. 28, 42, 49). Dieses gilt somit für alle staatlichen bzw. alle Träger öffentlicher Aufgaben (HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, a. a. O. Rz. 514). Folglich ist es auch von der ElCom zu beachten, wenn sie ihre von Artikel 22 Absatz 1 StromVG vorgeschriebene Aufgabe wahrnimmt, das StromVG zu überwachen und die für seinen Vollzug notwendigen Verfügungen zu erlassen. Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip muss eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich sein und sich für die Betroffenen als zumutbar erweisen (BGE 147 I 346 E. 5.5; 143 I 403 E. 5.6.3; je mit Hinweisen). Das mit der Massnahme zu erreichende, im öffentlichen Interesse liegende Ziel ist vorliegend, die Einhaltung von Artikel 17b Absatz 3 StromVG zu gewährleisten. Dies ist zu bejahen, wenn der Stromverbrauch des Gesuchsgegners – vorbehaltlich einer Gefährdung des sicheren Netzbetriebs – nicht durch die Gesuchsgegnerin ferngesteuert beeinflusst wird (zum öffentlichen Interesse am Smartmeter-Rollout siehe unten Ziff. 6.5). 107 Als entsprechende Massnahmen in Frage kommen eine Entfernung des Siemens Smart Meter TD-3511 oder ein Verbot, die Abschaltfunktion ohne Zustimmung des Gestaltstellers für andere Zwecke als zur Abwendung einer unmittelbaren erheblichen Gefährdung des sicheren Netzbetriebs zu nutzen. Wie vorstehend erläutert, lässt sich die Abschaltfunktion hingegen nicht durch technische Massnahmen deaktivieren. Vor allem aufgrund des differenzierten Auslösungsprozesses mit einer Vielzahl an Mitwirkenden und der abschreckenden Wirkung der Strafandrohung an die Gesuchsgegnerin erscheint es hingegen nicht nur bei einem Ausbau des Smartmeters, sondern auch bei einem Verbot des Einsatzes der Abschaltfunktion als so gut wie ausgeschlossen, dass diese die Abschaltfunktion ohne Einwilligung des Gestaltstellers für andere Zwecke als zur Abwendung einer unmittelbaren erheblichen Gefährdung des sicheren Netzbetriebs einsetzt. Insofern erscheinen beide Massnahmen gleichermassen geeignet, um zu gewährleisten, dass die Stromzufuhr des Gestaltstellers nicht ohne seine Zustimmung unterbrochen wird. 108 Dass der Beschwerdeführer die Entfernung des Smartmeters verlangt, lässt eine solche aus seiner Perspektive weder als besser geeignet noch als zumutbarer erscheinen. Vielmehr betreffen beide seine Interessen im selben Ausmass, da er sich wie erwähnt primär gegen den Smartmeter und die damit erhobenen Daten wendet. Von der Abschaltfunktion hat er erst im Beschwerdeverfahren Kenntnis erlangt und diese verwendet, um die Begründung seines Antrags auf Ersatz des Smartmeters durch einen konventionellen Stromzähler ohne

Kommunikationsanbindung zu unterstützen. Da die Netzbetreiber alle Messeinrichtungen mit intelligenten Messsystemen im Sinne der Artikel 8a und 8b StromVV ausstatten müssen (Art. 31e Abs. 1 StromVV), ist der Antrag auf Entfernung des Smartmeters aber ohnehin abzuweisen. Die Gesuchstellerin würde erneut einen Smartmeter installieren, der 15-minütige Lastgangmessungen vornehmen kann und der Gesuchsteller wird durch die blosser Existenz der Abschaltfunktion nicht beeinträchtigt. Insofern würde eine Ersetzung einen prozessualen Leerlauf darstellen.

28/70 ElCom-D-D6B13401/73 109 Eine Auswechslung des Zählers würde der Gesuchsgegnerin hingegen Aufwand verursachen. Zudem müsste sie einen neuen Zähler beschaffen. Die Kosten eines neuen Zählers wären an die Netzkosten anrechenbar (vgl. Art. 13a Bst. a StromVV). Somit wären diese von allen Endverbrauchern im betroffenen Netzgebiet zu tragen und könnten nicht dem Gesuchsteller auferlegt werden. Überdies stellen Sonderlösungen gemäss den Angaben der Gesuchsgegnerin für die nachgelagerten Prozesse ebenfalls einen Spezialfall dar und würden Aufwendungen und Mehrkosten generieren (act. 33 Frage 30). Aus diesen Gründen erscheint die Gesuchsgegnerin durch einen Zählerwechsel stärker in ihren Interessen betroffen als durch die Auflage, die Abschaltfunktion nur bei Gefährdungen des Netzbetriebs verwenden zu dürfen. Demgegenüber bewirkt Letztere keinen schwereren Eingriff in die Interessen des Gesuchstellers als eine Auswechslung. Insgesamt erscheint das Verwendungsverbot an die Gesuchstellerin daher als zumutbarer und folglich als verhältnismässiger. 110 Zu berücksichtigen ist weiter, dass Artikel 17b StromVG noch gar nicht in Kraft war, als die Gesuchsgegnerin den Smartmeter mit Abschaltfunktion installierte und den Beschaffungsentscheid für diese fällte. Wegen der (zu) weiten Definition des intelligenten Steuer- und Regelsystems musste sie daher nicht damit rechnen, dass die Installation der Zustimmung der Betroffenen bedarf. Der Bundesrat ist der Auffassung, dass den Netzbetreibern keine Nachteile entstehen sollen, wenn sie bereits vor dem Inkrafttreten von Artikel 17a ff. StromVG aus eigener Initiative mit der Einführung intelligenter Messsystemen begonnen haben (vgl. S. 5 der Erläuterungen zur Teilrevision der StromVV vom April 2019, Bundesgesetz über den Um- und Ausbau der Stromnetze [Strategie Stromnetze]; nachfolgend Erläuterungen StromVV 2019). Soweit ersichtlich erachtet er überdies bei intelligenten Steuer- und Regelsystemen, die vor dem Inkrafttreten der genannten Bestimmungen installiert und eingesetzt wurden, einen Ausbau als unverhältnismässig. So hat er in Artikel 31f StromVV für vor Inkrafttreten des Zustimmungserfordernisses installierte intelligente Steuer- und Regelsysteme nur die Möglichkeit vorgesehen, deren Einsatz zu untersagen, wobei der Einsatz nach Artikel 8c Absatz 6 StromVV nicht untersagt werden kann (vgl. Erläuterungen StromVV 2017 S. 19). Ein solcher Einsatz ist aber nur möglich, wenn das System nicht ausgebaut wird. Demnach können Betroffene bei vor dem 1. Januar 2018 ohne Zustimmung installierten Steuer- und Regelsystemen wie dem vorliegenden nicht verlangen, dass diese entfernt werden. Dies gilt umso mehr im hier zu beurteilenden Fall, in dem die Gesuchsgegnerin das auszubauende durch ein neues – mit Ausnahme der einen Funktion identisches – Gerät anschaffen müsste, um ihren gesetzlichen Auftrag erfüllen zu können. 111 Nach dem Gesagten lässt das Zustimmungserfordernis sich durch das Nutzungsverbot mit Strafandrohung wahren. Diese Variante verursacht keine Eingriffe in die Interessen der Beteiligten, die zur Erreichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels unverhältnismässig wären. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit ist das Nutzungsverbot mit Strafandrohung daher der Auswechslung des Smartmeters vorzuziehen.

E. 5

Eventualantrag auf Gewährung einer angemessenen Übergangsfrist, nötigenfalls mit dem Recht zur Selbstablesung 112 Der Gesuchsteller beantragt eventualiter, ihm sei für die Umstellung auf ein sog. intelligentes Messsystem (Smartmeter) für die Erfassung elektrischer Energie eine angemessene Übergangsfrist, nötigenfalls mit dem Recht zur Selbstablesung, zu gewähren. Zur Begründung dieses Antrags führt er aus, ihm sei zumindest bis zum Vorliegen einer gewissen Rechtssicherheit und ausreichenden Sicherstellung des Datenschutzes und der Datensicherheit die Selbstablesung zu gestatten (act. 1 Beilage 12 S. 19 Ziff. 13). Eine Rechtsgrundlage für eine solche Übergangsfrist oder ein Recht auf Selbstablesung ist jedoch nicht ersichtlich. Wie oben dargelegt, hat das Bundesverwaltungsgericht überdies bestätigt, dass die Gesuchsgegnerin die Datensicherheit von Mess-, Steuer- und Regelsystemen trotz der Nichtvornahme der Datensicherheitsprüfung nach Artikel 8b StromVV zu gewährleisten hat und der Gesuchsteller bringt keine Hinweise vor, dass sie dieser Pflicht nicht nachkommt und solche sind auch nicht ersichtlich. (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 6.3.4). 113 Überdies hat die Gesuchsgegnerin im Rahmen des wiederaufgenommenen Verfahrens erklärt, Zugriff auf den AMIS Adapter hätten nur ausgewählte Mitarbeitende ihrer Technischen Betriebe und der elog Energielogistik AG, St. Gallen, welche für den sicheren Betrieb der Systeme verantwortlich sei. Der Zugriff erfolge über eine Zwei-Faktor-Authentifizierung auf das geschützte Rechenzentrum der elog AG. Gemäss den Angaben der Gesuchsgegnerin ist dieses mit dem ISO 27001 konform (act. 13 Fragen 5 u. 6; act. 25 Frage 7). Die elog Energielogistik AG gibt auf ihrer Website ebenfalls an, ihr Infrastrukturbetrieb sei ISO 27001 zertifiziert (www.elog.ch > Unternehmen, abgerufen am 23. August 2023). Das ISO 27001 ist ein weltweit angewendeter Standard für die Zertifizierung eines Informationssicherheitsmanagementsystems (siehe www.iso.org > Standards > 27001, abgerufen am 23. August 2023). 114 Soweit der Gesuchsteller beanstandet, dass der Smartmeter sich in einem Elektrokasten ausserhalb des Hauses befinde und mit einem entsprechenden Schlüssel durch jedermann geöffnet werden könne, tut er schliesslich keine Gefährdung der Datensicherheit dar. So verfügen zum einen grundsätzlich nur zugriffsberechtigte Personen über einen Schlüssel, zum andern ermöglicht ein allfälliger physischer Zugang noch keinen Zugriff auf die gespeicherten Daten. 115 Die Beanstandungen des Gesuchsgegners sind somit unbegründet. Der Eventualantrag ist abzuweisen.

E. 6

und 7). Der Gesuchsteller wendet zwar ein, die Erfassung von Messdaten in kleineren Abständen als fünfzehn Minuten sei offenbar möglich, die Gemeinde verneine lediglich eine diesbezügliche Absicht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 7.2). Einerseits beziehen sich jedoch sowohl die Frage als auch die Antwort eindeutig auf die Möglichkeit zur Erfassung, so dass nicht ersichtlich ist, weshalb von einer blossen Absicht die Rede sein sollte. Andererseits macht der Gesuchsteller nicht geltend, dass die Gesuchsgegnerin mit einer geringeren Periodizität als alle fünfzehn Minuten Daten erfasst und es sind auch keine Anzeichen dafür ersichtlich. Überdies hat bereits das Bundesverwaltungsgericht erwogen, die Gesuchsgegnerin lese unbestrittenermassen keine Lastgangdaten als 15-Minuten-Werte aus (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 7.5). Demnach erfolgt weder eine Erfassung von

Lastgängen von geringerer Dauer als fünfzehn Minuten noch eine autonome Übertragung vom Messgerät auf das Smart Metering System im Viertelstundenrhythmus. Ob dies mit dem Gerät möglich wäre, kann offen bleiben. 127 Die kumulierten Verbrauchswerte (Registerwerte) werden unterteilt nach Ein- und Ausspeisung sowie Hoch- und Niedertarif auf dem Smartmeter gespeichert und auf dessen Display im Screen- Modus rollierend angezeigt (vgl. die Kurzanleitung Drehstromzähler TD-3511, abrufbar unter www.rorschacherberg.ch > Politik & Verwaltung > Verwaltung > Online-Schalter, zuletzt besucht am 22. November 2023). Aus den Antworten der Gesuchsgegnerin geht nicht klar hervor, ob die kumulierten Verbrauchswerte einmal pro Tag oder einmal pro Monat (act. 33 S. 12 Schema) vom AMIS abgerufen werden. Wie nachstehend erläutert, kann diese Frage jedoch offen bleiben (Rz. 203). Die Registerwerte werden ein Jahr lang im AMIS aufbewahrt und jeweils per Monatswechsel vom Smartmeter ausgelesen und über das AMIS elektronisch an das Rechnungssystem der Gesuchsgegnerin übertragen, wo sie zehn Jahre aufbewahrt werden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 4.1.2 u. E. 7.2). Die Rechnungsstellung erfolgt zweimonatlich (act. 33 Frage 22). Verrechnungsrelevante Registerwerte werden zudem über eine verschlüsselte SSL-Webschnittstelle als Verbrauchsübersicht in das Kundenportal übertragen. Sie werden dabei direkt aus dem Rechnungssystem angefragt und nicht im Kundenportal aufbewahrt (act. 33 Frage 15 u. 41). 128 Ferner werde durch interne Prozesse sichergestellt, dass Daten für eine mögliche weitere Verwendung nur in Einzelfällen und pseudonymisiert weitergegeben werden (act. 19 Frage 11). Indem der Zugriff auf das intelligente Messsystem (Smartmeter, Daten, Prozesse etc.) über eine Zwei-Faktor-Authentifizierung auf das geschützte Rechenzentrum der elog Energielogistik AG erfolge, auf das nur deren Mitarbeiter/innen und diejenigen des Forderungsmanagements der Technischen Betriebe Zugriff hätten, werde sichergestellt, dass die Persönlichkeitsprofile und Personendaten in nicht pseudonymisierter Form lediglich für die Abrechnung der Energielieferung und des Netznutzungsentgelts bearbeitet werden (act. 19 Frage 10). 129 Die Gesuchsgegnerin gibt Lastgangdaten und kumulierte Verbrauchswerte an die Beteiligten nach Artikel 8 Absatz 3 StromVV weiter (act. 33 Fragen 19-22). Eine pseudonymisierte oder nicht pseudonymisierte Weitergabe von zusätzlichen Daten und Informationen des Gesuchstellers als Endverbraucher an den Bilanzgruppenverantwortlichen oder andere Dritte nach Artikel 8 Absatz 4 StromVV wird vorliegend weder behauptet, noch sind Gründe ersichtlich, weshalb eine solche erforderlich sein sollte. Daher wird im Folgenden nur auf die Weitergabe von Daten nach Artikel 8 Absatz 3 StromVV eingegangen. 130 Wie oben erläutert, verweigert der Gesuchsteller den Einsatz der Abschaltfunktion und die Gesuchsgegnerin darf diese nur bei Gefährdungen des sicheren Netzbetriebs ohne seine Einwilligung des Gesuchstellers einsetzen. Sie verwendet die Abschaltfunktion aber nicht für den sicheren Netzbetrieb, weshalb nicht näher auf mögliche Einsätze der Abschaltfunktion einzugehen ist (siehe aber unten Rz. 217).

33/70 ElCom-D-D6B13401/73 131 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Gesuchsgegnerin im intelligenten Messsystems (Smartmeter und AMIS) mit den Daten des Gesuchstellers die folgenden konkreten Bearbeitungen von Personendaten im Sinne von Artikel 13 Absatz 2 BV vornimmt: - Erhebung und Speicherung von Lastgängen alle fünfzehn Minuten, - Aufbewahrung der Lastgangwerte für mindestens sechzig und maximal 88 Tage im Speicher des Smartmeters, - Abruf der Lastgangwerte vom Speicher des Smartmeters durch das AMIS (einmal täglich) durch Anpingen, - pseudonymisierte Aufbewahrung Lastgangwerte für ein Jahr im AMIS (eingeschränkter Zugriff über

Zwei-Faktor-Authentifizierung), - Erhebung und fortlaufende Speicherung kumulierte Verbrauchswerte (Registerwerte) auf dem Smartmeter, - Auslesung und elektronische Übertragung der kumulierten Verbrauchswerte (Registerwerte) ins AMIS einmal pro Tag/Monat, - Aufbewahrung kumulierte Verbrauchswerte für ein Jahr im AMIS (eingeschränkter Zugriff über Zwei-Faktor-Authentifizierung). 132 Zudem nimmt die Gesuchsgegnerin mit den Daten des Gesuchstellers die folgenden Datenbearbeitungen vom intelligenten Messsystem in das EDM, das Rechnungssystem und das Kundenportal vor: - Übertragung Lastgangwerte vom AMIS in das EDM (einmal pro Tag), - Aufbewahrung Lastgangwerte für fünf Jahre im Original in EDM, - Verwendung Lastgangwerte für sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzbetrieb und Netzplanung, - Abruf (kumulierte) Lastgangwerte vom Rechnungssystem (einmal pro Monat) und Verwendung für Abrechnungszwecke (einmal alle zwei Monate), - Aufbewahrung kumulierte Verbrauchswerte im Rechnungssystem für zehn Jahre, - Übertragung Lastgangwerte von AMIS auf Kundenportal (einmal täglich), - Aufbewahrung Lastgangwerte im Kundenportal für fünf Jahre im Original, - Abruf kumulierte Verbrauchswerte vom Rechnungssystem in das Kundenportal (via Webschnittstelle), - Weitergabe Lastgangwerte und kumulierte Verbrauchswerte an Beteiligte nach Artikel 8 Absatz 3 StromVV - Übertragung kumulierte Verbrauchswerte vom AMIS (Registerwert) und vom EDM (als Lastgangsumme) ins Rechnungssystem (einmal pro Monat) und Verwendung für Abrechnungszwecke (alle zwei Monate)

34/70 ElCom-D-D6B13401/73

E. 6.1

Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts 116 Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen, die Prüfung der Vereinbarkeit von Artikel 8d StromVV mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 und Art. 36 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]) sei rein abstrakt ausgefallen, ohne dass die ElCom Sachverhaltsfeststellungen darüber getroffen habe, welche konkreten Daten die Beschwerdegegnerin mit dem betroffenen Smart Meter in welcher zeitlichen Häufigkeit und zu welchen Zwecken tatsächlich bearbeitet würde. Losgelöst davon, welche Daten effektiv erfasst werden, lasse sich jedoch nicht beurteilen, ob die Datenbearbeitung sich auf eine ausreichende rechtliche Grundlage stütze und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahre, z.B. die Datenspeicherung in ihrer Häufigkeit, wie der Beschwerdeführer rüge, über den vorgesehenen Zweck hinausgehe (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 7.5 mit Hinweis auf BGE 147 I 346 E. 5.4.1 und E. 5.5.1 ff.).

30/70 ElCom-D-D6B13401/73 117 Die angefochtene Verfügung gehe namentlich nicht darauf ein, welche Teilregelung von Artikel 8d StromVV als einschlägige Rechtsgrundlage für die Bearbeitung der Messdaten im konkreten Fall dienen könne (nur insoweit stellt sich allenfalls die Frage der konkreten Normenkontrolle). Ebenfalls behandle sie (im Anschluss an die durchgeführte Normenkontrolle) nicht, ob die Datenerfassung der Beschwerdegegnerin der Regelung von Artikel 8d StromVV entspreche oder darüber hinausgehe, was sich ohne Bezug auf die effektiv erfassten Verbrauchsdaten ebenfalls nicht klären lasse (E. 7.5). Soweit eine akzessorische Normenkontrolle geboten sei, bleibe auch diese nicht unbeeinflusst davon, wie detailliert das intelligente Messsystem den Energieverbrauch messe. Für die Beurteilung etwa, welche Regelungsinhalte im formellen Gesetz enthalten sein müssen und für welche die Verordnungsstufe der StromVV genüge

(Art. 36 Abs. 1 BV, Art. 17 DSG), könne von Bedeutung sein, ob mit dem intelligenten Messsystem ein Persönlichkeitsprofil (Art. 3 Bst. d DSG) bearbeitet werde (Art. 17 Abs. 2 DSG), was insbesondere mit der zeitlichen Periodizität der Aufzeichnung des Verbrauchs zusammenhänge (E. 7.5. mit Hinweisen auf Lehre, Rechtsprechung und den 18. Tätigkeitsbericht 2010/2011 des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB, Ziff. 1.8.1 und 4.1.1, abrufbar unter www.edoeb.admin.ch > Dokumentation > Tätigkeitsberichte > Ältere Berichte > 18 - 2010/2011, besucht am 24. Juni 2022). 118 Der angefochtene Entscheid beruhe insoweit auf einer unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts. Die ElCom habe daher die relevanten Sachverhaltselemente der konkreten Datenbearbeitung der Beschwerdegegnerin zu evaluieren und bei ihrer erneuten Beurteilung zu berücksichtigen. Soweit es für die Datenbearbeitung an einer Rechtsgrundlage fehlen oder sie sich als (teilweise) unverhältnismässig erweisen sollte, wäre sie in geeigneter Weise einzuschränken (vgl. E. 7, E. 7.6).

E. 6.2

Konkrete Analyse der Datenbearbeitung durch die Gesuchsgegnerin (Art. 13 Abs. 2 BV) 119 Gemäss Artikel 13 Absatz 2 BV hat jede Person Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten. Das so genannte Recht auf informationelle Selbstbestimmung garantiert, dass jede Person gegenüber fremder, staatlicher oder privater Bearbeitung von sie betreffenden Informationen grundsätzlich bestimmen können muss, ob und zu welchem Zweck diese Informationen über sie bearbeitet werden. Der Begriff der Personendaten entspricht jenem im Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) und erfasst somit alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 5 Bst. a DSG; vgl. BGE 147 I 346 E. 5.3.1; 146 I 11 E. 3.1.1; 144 I 126 E. 4.1; je mit Hinweisen). 120 In BGE 147 I 346 erwog das Bundesgericht mit Bezug auf einen Wasserzähler, der Verbrauch werde aufgezeichnet und auf dem Zähler Stundenwerte gespeichert. Einmal jährlich werde ein einziger Verbrauchswert auf das mobile Endgerät übertragen und anschliessend für die Rechnungsstellung verwendet. All diese Vorgänge würden eine Datenbearbeitung darstellen. Unter Bezugnahme auf Bestimmungen des kommunalen Wasserreglements sowie des Finanzierungsreglements schloss es, einzig für die Erhebung des Wasserverbrauchs im für die Rechnungsstellung relevanten Zeitpunkt liege eine gesetzliche Grundlage vor (E. 5.3.2). 121 Das Bundesverwaltungsgericht hat festgehalten, dass die Datenbearbeitung durch die Gesuchsgegnerin bzw. der Einsatz des Smart Meters einen Eingriff in das Recht der informationellen Selbstbestimmung bedeutet (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 4.1.2). 122 Nachfolgend wird daher geprüft, ob die einzelnen Datenbearbeitungsvorgänge über eine genügende rechtliche Grundlage verfügen, sich auf ein öffentliches Interesse stützen können, verhältnismässig sind und der Kerngehalt gewahrt bleibt (Art. 36 BV; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 4.1.1 f. mit Hinweisen; BGE 147 I 346 E. 5.3.1; 146 I 11 E. 3.1.1).

31/70 ElCom-D-D6B13401/73

E. 6.3

Datenbearbeitungsvorgänge der Gesuchsgegnerin 123 Angesichts der zitierten Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass die nachstehend beschriebenen Vorgänge allesamt Datenbearbeitungen durch die Gesuchsgegnerin darstellen. Da der Gesuchsteller

im Zusammenhang mit der Photovoltaikanlage, die er an der [...] betreibt, weder die Installation des intelligenten Messsystems noch die damit vorgenommenen Datenbearbeitungen beanstandet, ist – wie erwähnt – nicht auf diese einzugehen (siehe oben Rz. 99). Soweit die Gesuchsgegnerin angibt, sie liefere als Bestandteil der Mess- und Informationsprozesse gemäss Artikel 8 Absätze 3 und 4 StromVV Daten an die Pronovo AG (act. 33 Frage 9), ist das vorliegend unbeachtlich. 124 Vorab ist sodann noch einmal darauf hinzuweisen, dass AMIS für Automated Metering and Information System steht und der AMIS Adapter gemäss den Angaben der Gesuchsgegnerin eine Softwareapplikation zur Geräteverwaltung der intelligenten Messgeräte ist, mit denen der AMIS Adapter das intelligente Messsystem bildet (act. 25 Frage 5). Nach Artikel 8a Absatz 1 StromVV besteht ein intelligentes Messsystem aus einem elektronischen Elektrizitätszähler (Bst. a), einem Datenbearbeitungssystem, mit dem die Daten abgerufen werden (Bst. c), sowie einem digitalen Kommunikationssystem, welches die automatisierte Datenübermittlung (bzw. -übertragung) zwischen den Erstgenannten gewährleistet (Bst. b). Folglich stellen der AMIS Adapter bzw. das AMIS sowohl das Kommunikations- als auch das Datenbearbeitungssystem dar. Überdies betreibt die Gesuchsgegnerin ein EDM, ein Rechnungssystem und ein Kundenportal (vgl. das Schema Datenübertragung in act. 33 S. 12). 125 Gemäss den Angaben der Gesuchsgegnerin ermittelt der eingesetzte Smartmeter Lastgänge mit einer Periode von fünfzehn Minuten und diese werden mindestens sechzig und maximal 88 Tage im internen Speicher des Geräts aufbewahrt. Anschliessend werden sie automatisch mit neuen Daten überschrieben. Einmal pro Tag werden die Daten vom Smart Metering System – dem AMIS – abgerufen (act. 18 Frage 8; act. 33 Frage 28 u. 29). Dies geschieht zwischen 4:35 Uhr und 8:35 Uhr am Morgen und dabei werden die Tagesverbrauchswerte nach Hoch- und Niedertarif differenziert (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 7.2). Der Smartmeter sende die Daten nicht autonom, periodisch, sondern erst auf Aufforderung von aussen hin durch sogenanntes Anpingen über den AMIS Adapter, auf den gemäss den Angaben der Gesuchsgegnerin nur ausgewählte Mitarbeitende Zugang haben. Die Lastgangdaten werden ein Jahr lang pseudonymisiert im AMIS gespeichert und anschliessend automatisiert unwiderruflich gelöscht (act. 25 S. 5 f. Ergänzungsfragen 8-11; act. 33 Frage 36). Die Lastgangdaten werden einmal täglich vom AMIS in das EDM und mittels verschlüsselter Datenübertragung (SFTP) in das Kundenportal (sofern durch Kunden aktiviert) übermittelt, wo sie je fünf Jahre im Original im aufbewahrt werden und somit – anders als bei der Pseudonymisierung – ohne «Konkordanztabelle» einer bestimmten Person zugeordnet werden können (act. 33 Fragen 11, 14, 23 u. 37; zur Terminologie zum Umgang mit Daten siehe Erläuterungen StromVV 2017 S. 14 f.). Monatlich überträgt die Gesuchsgegnerin die (kumulierten) Lastgangwerte in das Rechnungssystem (act. 33 Fragen 19, 20 u. Schema). Die Gesuchsgegnerin verwendet die Lastgangdaten und kumulierten Verbrauchswerte nur für Abrechnungszwecke und die Datenweitergabe an die Beteiligten gemäss Artikel 8 Absätze 3 und 4 StromVV (act. 19 Frage 11). Sie nutzt die Lastgangwerte, um bei nachträglich gemeldeten Wohnungswechseln den Verbrauch bis zum Auszug in Rechnung zu stellen, und bewirtschaftet sie nicht aktiv (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 7.2). In Einzelfällen verwendet sie die Lastgangdaten allerdings für den sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzbetrieb und die Netzplanung (act. 33 Frage 27).

32/70 ElCom-D-D6B13401/73 126 Die Gesuchsgegnerin hat ferner verneint, dass es eine Möglichkeit gibt, mit dem eingesetzten Smartmeter Messdaten in kleineren Abständen als

fünfzehn Minuten zu erfassen (act. 18 Fragen)

E. 6.4

Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)

E. 6.4.1

Einführung 133 Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein (Art. 36 Abs. 1 BV). Das Erfordernis des Rechtssatzes (Satz 1) ist von jenem der Gesetzesform (Satz 2) zu unterscheiden. Ersteres verlangt eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze. Diese müssen so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können (BGE 143 I 310 E. 3.3.1; 139 I 280 E. 5.1; 138 I 378; je mit Hinweisen). Nach Letzterem bedürfen schwere Einschränkung einer Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn, während für leichte Eingriffe eine Grundlage in einer kompetenzgemäss erlassenen Verordnungsvorschrift genügt (BGE 147 I 450 E. 3.2.1; 145 I 156 E. 4.1). Eine Definition für die Schwere eines Eingriffs existiert nicht. Die BV und einzelne Bundesgesetze wie das DSG enthalten allerdings besonders qualifizierte Anforderungen an die formell-gesetzlichen Grundlagen (SCHWEIZER RAINER J. in: Ehrenzeller B. et. al (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 36 Rz. 18 f.). Einschränkungen durch Ordnungsbestimmungen müssen ausserdem im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grundsätze der Gesetzesdelegation erfolgen. Daher darf es sich insbesondere nicht um eine grundlegende Bestimmung über die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte handeln (Art. 164 Abs. 1 BV; siehe die beispielhafte Aufzählung in Bst. a-g). Zudem darf die Übertragung der Rechtsetzungsbefugnisse nicht von der BV ausgeschlossen werden (Art. 164 Abs. 2 BV). 134 Im Folgenden wird zunächst geprüft, ob nach dem DSG eine Grundlage in einem Bundesgesetz erforderlich ist (Erfordernis der Gesetzesform), wobei sich vorab in intertemporaler Hinsicht die Frage stellt, ob das neue oder das alte DSG anwendbar sind. Anschliessend wird darauf eingegangen, ob sich aus dem Verfassungsrecht weitergehende Anforderungen an die Gesetzesform ergeben (Ziff. 6.4.2 bis Ziff. 6.4.4). Schliesslich wird das Erfordernis des Rechtssatzes geprüft (Ziff. 6.4.5).

E. 6.4.2

Anwendbares Datenschutzrecht 135 Am 1. September 2023 ist die neue Version des Artikels 17c Absatz 1 StromVG in Kraft getreten. Danach findet auf die Bearbeitung von Personendaten im Zusammenhang mit intelligenten Mess-, Steuer- oder Regelsystemen das am gleichen Tag in Kraft getretene DSG vom 25. September 2020 (DSG; SR 235.1) Anwendung. Nach Artikel 17c Absatz 1 altes StromVG (Version vom 1.1.2023; nicht mehr in Kraft) fand das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (aDSG) auf die Datenbearbeitung im Zusammenhang mit intelligenten Mess-, Steuer- oder Regelsystemen Anwendung. 136 Unverändert blieb Artikel 17c Absatz 2 StromVG, wonach der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen über die Bearbeitung der Daten erlässt und besondere Bestimmungen vorsehen kann, namentlich im Zusammenhang mit Lastgangmessungen. Gestützt darauf hat der Bundesrat insbesondere Artikel 8d StromVV erlassen, der per 1. September 2023 angepasst wurde. Dabei wurden vor allem der Begriff «Persönlichkeitsprofil» in der ganzen Bestimmung ersatzlos gestrichen und derjenige der

Personendaten jeweils um die Daten juristischer Personen ergänzt (vgl. Abs. 1 Bst. a u. b, Abs. 2 Bst. a u. Abs. 3). Nach Artikel 8d Absatz 5 StromVV sind neben allfälligen internationalen Normen und Empfehlungen anerkannter Fachorganisationen insbesondere die Artikel 1-5 DSV zu beachten (siehe oben Rz. 65).

35/70 ElCom-D-D6B13401/73 137 Auch andere StromVV-Bestimmungen enthalten Regeln zur Datenbearbeitung, die aber nicht an das DSGVO angepasst wurden. Namentlich schreibt Artikel 8a Absatz 2 Buchstabe c StromVV vor, dass die Elemente eines intelligenten Messsystems so zusammen zu funktionieren haben, dass Endverbraucher, Erzeuger oder Speicherbetreiber ihre Lastgangwerte von fünfzehn Minuten, die während der letzten fünf Jahre erfasst wurden, in verständlich dargestellter Form abrufen und in einem international üblichen Datenformat herunterladen können. 138 Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Blick auf die Anwendung des Abschnitts 2a des StromVG betreffend Messwesen und Steuersysteme erwogen, der Gesuchsteller richte sich nicht in erster Linie gegen die Installation des Smartmeters, sondern gegen dessen Einsatz und die damit verbundene Erfassung von Daten und nicht gegen die Installation. Zu beurteilen sei somit nicht (im Sinne einer sog. echten Rückwirkung) ein Sachverhalt, der sich vor dem 1. Januar 2018 abschliessend zugetragen hätte, sondern die Rechtmässigkeit des Fortbestands des Smart Meters und die durch ihn – auf Dauer – ermöglichte Datenbearbeitung. Spezifisch nach altem Recht zu beurteilende Anträge (z.B. auf Löschung von vor dem 1. Januar 2018 widerrechtlich gespeicherten Daten) würden nicht im Streit liegen. Ebenso wenig führe die angefochtene Verfügung zu einer sog. positiven Vorwirkung, da sie nicht unter Nichtanwendung des geltenden Rechts noch nicht in Kraft stehendes Recht anwende. Die ElCom habe deshalb zu Recht auf das im Zeitpunkt des Entscheids geltende Recht abgestellt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 3.4 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). 139 Artikel 70 DSGVO enthält eine Übergangsbestimmung betreffend laufende Verfahren. Danach unterstehen im Zeitpunkt seines Inkrafttretens hängige Untersuchungen des EDÖB und hängige Beschwerden gegen erstinstanzliche Entscheide, die vor seinem Inkrafttreten ergangen sind, dem bisherigen Recht. Das erstinstanzliche Verfahren auf Erlass einer Verfügung aufgrund einer Rückweisung wird somit nicht erfasst, zumal die ElCom wie erwähnt (Rz. 66 ff.) im vorliegenden Verfahren Aspekte zu prüfen hat (Abschaltfunktion, konkrete Datenbearbeitung), welche noch nicht Gegenstand des mit Verfügung vom 6. April 2021 erstinstanzlich abgeschlossenen Verfahrens waren. Folglich ist das intertemporal anwendbare Recht zu ermitteln. Nach APOLLO DAUAG ist das aDSG anwendbar auf Verfahren, in denen der Entscheid vor Inkrafttreten des DSGVO ergeht, da es sich sonst um eine unzulässige so genannte «echte Rückwirkung» handeln würde und Artikel 70 für Beschwerdeverfahren gegen solche Entscheide explizit dem bisherigen Recht unterstelle. Auf Verfahren, die über das Inkrafttreten des DSGVO hinaus dauern und deren Entscheid nach Inkrafttreten ergeht, sei hingegen das DSGVO und nicht das aDSG anwendbar. Dies da es sich um eine so genannte unechte Rückwirkung handle und auf Beschwerden gegen nach dem Inkrafttreten ergangene Entscheide das DSGVO anwendbar sei (vgl. DAUAG APOLLO, in: Stämpfli Handkommentar zum DSGVO, 2. Aufl. 2023, Art. 70 N 10 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur echten und unechten Rückwirkung).

36/70 ElCom-D-D6B13401/73 140 Nach der Rechtsprechung ist es verfassungsrechtlich zulässig, für zeitlich offene Dauersachverhalte in Zukunft andere Rechtsfolgen vorzusehen,

sofern dem nicht wohlerworbene Rechte bzw. der Grundsatz des Vertrauensschutzes entgegenstehen (BGE 148 I 233 E. 4.4.2; 144 I 81 E. 4.1; 138 I 189 E. 3.4). Wohlerworbene Rechte sind vermögenswerte Ansprüche der Privaten gegenüber dem Staat, die sich durch ihre besondere Rechtsbeständigkeit auszeichnen. Sie stehen unter dem Schutz der Eigentumsgarantie und dem Prinzip des Vertrauensschutzes (HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 1237). Solche Ansprüche sind im Zusammenhang mit der Bearbeitung der Messdaten des Stromverbrauchs nicht ersichtlich. Sodann ist das vorliegende Verfahren zwar schon seit mehreren Jahren hängig. Das DSG wurde aber bereits am 25. September 2020 beschlossen und mit Beschluss des Bundesrats vom 31. August 2022 auf den 1. September 2023 in Kraft gesetzt (AS 2022 491). Zudem enthält es mit Artikel 70 eine Übergangsbestimmung für laufende Verfahren, welche bestimmte Konstellationen dem aDSG unterstellt – und zwar mit dem Zweck, die Rechtssicherheit und Einhaltung des Grundsatzes von Treu und Glauben zu gewährleisten (vgl. die Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz, BBl 2017 7107). Das vorliegende erstinstanzliche Verfahren wird davon aber eindeutig nicht erfasst. Aufgrund der erwähnten Erwägungen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Juli 2022 musste der Gesuchsteller zudem damit rechnen, dass neues Recht angewendet wird. Er hat seine Anträge jedoch nicht angepasst oder deren Begründung dahingehend präzisiert, dass diese nach altem Recht zu beurteilen wären. So hat er etwa nicht eingewendet, dass es ihm vor allem um die Installation gehe oder die Löschung von bereits erhobenen Daten verlangt. Da der Rückweisungsentscheid nach dem 1. September 2023 ergeht, kommt folglich das DSG zur Anwendung.

E. 6.4.3

Anforderungen an die Gesetzesform nach Datenschutzgesetz vom 25. September 2020 (DSG; SR 235.1) 141 Die Datenbearbeitungen durch die Gesuchsgegnerin betreffen den Gesuchsteller als Endverbraucher im Bereich der Grundversorgung mit Elektrizität. Sie erfolgen mithin in Ausübung einer öffentlichen Aufgabe bzw. im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien. Da die Definition des Begriffs «Bundesorgane» sich im neuen DSG nicht verändert hat, sind deswegen die Bestimmungen des DSG für Bundesorgane (Art. 33 ff.) und nicht diejenigen für Private (Art. 30 ff. DSG) anzuwenden (vgl. Art. 5 Bst. i DSG; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 4.2; BGE 144 III 111 E. 5.1 f). Bearbeiten bedeutet jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Speichern, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren, Löschen oder Vernichten von Daten (vgl. Art. 5 Bst. d DSG). Bekanntgeben bedeutet im DSG das Übermitteln oder Zugänglichmachen von Personendaten (Art. 5 Bst. e DSG). Der Begriff des Bearbeitens bleibt inhaltlich ebenfalls unverändert (BBl 2017 7021). Die Aufzählung der einzelnen Bearbeitungsvorgänge ist beispielhaft (Rudin Beat, in: Baeriswyl/Pärli/Blonski (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum DSG, 2. Aufl. 2023, Art. 5 Rz. 34). Bekanntgeben ist eine Unterart des Bearbeitens. Wo das Gesetz von Bearbeiten spricht, ist das Bekanntgeben stets miterfasst (RUDIN BEAT, a. a. O. Art. 5 Rz. 46). Alle oben genannten Vorgänge sind somit nicht nur Datenbearbeitungen im Sinne des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV), sondern auch in jenem des neuen DSG. Angesichts des beispielhaften Charakters der Aufzählung ist ferner unbeachtlich, unter welche der einzelnen Bearbeitungsvorgänge die vorliegend zu beurteilenden Vorgänge fallen. Deswegen wird in

der Folge nicht näher auf die Abgrenzung zwischen diesen eingegangen und sie werden teilweise synonym behandelt, namentlich die Begriffe Speicherung und Aufbewahrung. Da das Bekanntgeben voraussetzt, dass Daten einer anderen Person zugänglich gemacht werden (RUDIN BEAT, a. a. O. Art. 5 Rz. 46), werden im Folgenden Vorgänge, bei welchen Daten nicht Dritten zugänglich gemacht werden, als Übertragungen oder Abrufe bezeichnet. Dies wenn nicht explizit der Wortlaut von Artikel 8a Absatz 1 Buchstabe b StromVV wiedergegeben wird, in dem von Datenübermittlung vom Smartmeter auf das Datenbearbeitungssystem die Rede ist.

37/70 ECom-D-D6B13401/73 142 Artikel 34 DSGVO entspricht mit wenigen Ausnahmen Artikel 17 aDSG. So dürfen nach Artikel 34 DSGVO Bundesorgane Personendaten nur bearbeiten, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht (Abs. 1). Gemäss Artikel 34 Absatz 2 DSGVO ist eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn erforderlich, wenn es sich um die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten (Bst. a) oder um ein Profiling (Bst. b) handelt, oder der Bearbeitungszweck oder die Art und Weise der Datenbearbeitung zu einem schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Person führen können (Bst. c). 143 Der Begriff «Persönlichkeitsprofil» wurde aufgehoben, im DSGVO wird an seiner Stelle derjenige des «Profiling» verwendet. Die beiden Definitionen sind jedoch nicht deckungsgleich. Der Begriff des Profiling wurde inhaltlich an die Terminologie des Datenschutzrechts der Europäischen Union angepasst (Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017 (BBI 2017 6941, 7021, 7109). Gemäss Artikel 5 Buchstabe f DSGVO gilt als Profiling jede Art der automatisierten Bearbeitung von Personendaten, die darin besteht, dass diese Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftlicher Lage, Gesundheit, persönlicher Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen. Eine Analyse kann beispielsweise erfolgen, um herauszufinden, ob eine Person für eine bestimmte Tätigkeit geeignet ist. Ein Profiling ist mit anderen Worten dadurch gekennzeichnet, dass Personendaten automatisiert ausgewertet werden, um auf der Grundlage dieser Auswertung, ebenfalls in automatisierter Weise, die Merkmale einer Person zu bewerten. Beim Profiling werden bestimmte Merkmale einer Person auf der Grundlage von automatisiert bearbeiteten Personendaten, namentlich mittels Algorithmen, bewertet. Ein Profiling liegt somit nur vor, wenn eine Bewertung erfolgt und der Prozess vollständig automatisiert ist (BBI 2017 6941, 7021 f., 7109). Die mit intelligenten Messsystemen erhobenen Stromverbrauchsdaten ermöglichen zwar Rückschlüsse über die An- und Abwesenheiten und die Gewohnheiten der betroffenen Endverbraucher und Erzeuger. Sie werden aber nicht für die Bewertung der Merkmale dieser Personen verwendet (BBI 2017 6941, 7109). Demnach fallen die im Stromversorgungsrecht vorgesehenen Datenbearbeitungsvorgänge nicht unter die Definition des Profiling. Dieser Auffassung ist anscheinend auch der Bundesrat, der den Begriff «Persönlichkeitsprofil» in Artikel 8d StromVV ja ersatzlos gestrichen hat. Anderer Ansicht ist hingegen soweit ersichtlich der EDÖB, der in seinem Tätigkeitsbericht 2020/2021 ausführt, bei den Lastgangprofilen handle es sich um Persönlichkeitsprofile resp. nach dem revidierten DSGVO um ein Profiling (EDÖB, 28. Tätigkeitsbericht 2020/2021, Revision der Energieverordnung [recte: Stromversorgungsverordnung], S. 38; abrufbar unter www.edoeb.admin.ch > Infothek > Dokumentation > Tätigkeitsberichte; zuletzt besucht am 28. August 2023). Der

EDÖB begründet diese Einschätzung jedoch nicht und gemäss den obigen Ausführungen handelt es sich bei den Lastgangdaten nicht um Profiling im Sinne von Artikel 5 Buchstabe f DSGVO. 144 Deswegen können die Ausführungen des Gesuchstellers zu Persönlichkeitsprofilen nicht analog auf das Profiling angewendet werden und es ist nicht näher darauf einzugehen. Dies zumal seit längerer Zeit bekannt war, dass das aDSG durch das totalrevidierte DSGVO ersetzt wird und der Gesuchsteller sich nicht zu der Änderung der Rechtslage geäussert hat.

38/70 ElCom-D-D6B13401/73 145 Als Personendaten gelten auch unter dem neuen DSGVO alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen, (Art. 5 Bst. a DSGVO). Damit werden die mit intelligenten Messsystemen erhobenen Daten ebenfalls erfasst. In eine der im Gesetz genannten Kategorien von besonders schützenswerten Personendaten fallen Lastgang- und die weiteren mit intelligenten Messsystemen erhobenen Daten hingegen nicht (vgl. Art. 5 Bst. c DSGVO; zu den kumulierten Verbrauchswerten siehe unten Rz. 203). In der Lehre wird allerdings die Auffassung vertreten, dass beim Einsatz von intelligenten Messsystemen besonders schützenswerte Personendaten über die Gesundheit oder die Intimsphäre verwendet werden könnten. Als Beispiel dafür erwähnt werden Daten von einzelnen Verbrauchsgeräten, die nur von einer bestimmten Person benutzt werden (SPIELMANN ANDRE, in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, Band III, Bern 2020, Art. 17c StromVG Rz. 20 f.). 146 Dies überzeugt jedoch nicht. Intelligente Messsysteme erfassen den Stromverbrauch und dessen zeitlichen Verlauf und keine besonders schützenswerten Personendaten. Anwendungen, die Daten über die Gesundheit und die Intimsphäre enthalten wie eine Therapie mit einem bestimmten Medizinalgerät oder gewisse Medieninhalte, können zwar Strom verbrauchen. Die Erfassung und Bearbeitung des dafür anfallenden Stromverbrauchs ist deswegen aber nicht besonders schützenswert. Dass anhand der Verbrauchsdaten – so wie sie mit den durch die stromversorgungsrechtlich vorgesehenen viertelstündlichen Lastgangmessungen erhoben werden – Rückschlüsse auf ein von einer bestimmten Person benutztes bestimmtes Gerät oder sogar Inhalte gezogen werden können, ist sehr schwer vorstellbar. Es mag zwar Anwendungen geben, die aus Echtzeitdaten oder einem hochaufgelösten Lastgang teilweise Rückschlüsse auf bestimmte Anwendungen ziehen können, und es – etwa in einem Einzelhaushalt – möglich ist, diese bestimmten Verbrauchern zuzuordnen. Die viertelstündlichen Lastgangmessungen zeigen aber nur den gesamten Verbrauch in diesen fünfzehn Minuten. Innerhalb dieser Zeitspanne kann somit nur der Durchschnittswert berechnet werden. Zudem sind in aller Regel an einem Messpunkt zahlreiche Verbrauchsgeräte angeschlossen und deren gesamter Verbrauch wird mit einem einzigen Zähler gemessen (vgl. Art. 14 Abs. 2 StromVG; Art. 2 Abs. 1 StromVV; Art. 18 Abs. 1 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 [EnG] und Ziff. 3.2.2(2) sowie Abbildung 5 der VSE-Branchenempfehlung Metering Code (MC – CH 2022, abrufbar unter www.vse.ch > Downloads, zuletzt besucht am 21. November 2023). Bei Haushalten, die nicht von einer einzigen Person gebildet werden, werden diese Geräte ausserdem von mehreren Personen benutzt. Soweit der Netzbetreiber – wie die Gesuchsgegnerin – nur viertelstündliche Lastgangmessungen übermittelt, werden demnach jedenfalls keine besonders schützenswerten Personendaten im Sinne von Artikel 34 Absatz 2 Buchstabe a DSGVO bearbeitet.

39/70 ElCom-D-D6B13401/73 147 Artikel 34 Absatz 2 Buchstabe c DSGVO war in Artikel 17 Absatz 2 aDSG nicht ausdrücklich enthalten. Zum Bearbeitungszweck wird in der

Botschaft zum neuen DSG ausgeführt, dass dieser unabhängig von der Art der bearbeiteten Daten die Grundrechte der betroffenen Person in schwerwiegender Weise einschränken könne. So müssten die Bundesorgane in bestimmten Bereichen eventuell bestimmte Personendaten bearbeiten, damit sie etwa die Gefährlichkeit, das Potenzial für eine Funktion, die Eignung für die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht oder die Lebensführung einer Person beurteilen könnten (BBl 2017 7079 f.). Bei den Lastgangdaten ist nicht ersichtlich, inwiefern deren Bearbeitungszweck eine schwerwiegende Einschränkung verursachen könnte. So dienen diese ja primär der Abrechnung des Stromverbrauchs und dem Netzbetrieb und nicht einem Zweck, der mit denjenigen der erwähnten Beispiele vergleichbar wäre. Die Voraussetzungen von Artikel 34 Absatz 2 Buchstabe c DSG können gemäss der Botschaft insbesondere gegeben sein bei Entscheidungen, die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung beruhen und für die betroffene Person mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigen können (automatisierte Einzelentscheidung, Art. 21 DSG). Für gewisse solcher Entscheidungen könne auch eine Grundlage in einem Gesetz im materiellen Sinn genügen. Eine Ermächtigung durch ein Gesetz im formellen Sinn sei grundsätzlich dann erforderlich, wenn die automatisierte Einzelentscheidung auf der Grundlage besonders schützenswerter Personendaten erfolge (BBl 2017 7080). Wie oben erläutert, werden mit Lastgangdaten keine besonders schützenswerten Personendaten erhoben, weshalb auch nach Artikel 34 Absatz 3 Buchstabe c DSG keine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn vorausgesetzt wird. 148 Artikel 34 Absatz 3 DSG bestimmt weiter, dass für die Bearbeitung von Personendaten nach Absatz 2 Buchstaben a und b eine Grundlage in einem Gesetz im materiellen Sinn ausreichend ist, wenn die Bearbeitung für eine in einem Gesetz im formellen Sinn festgelegte Aufgabe unentbehrlich ist (Bst. a) und der Bearbeitungszweck für die Grundrechte der betroffenen Person keine besonderen Risiken birgt (Bst. b). Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, darf der Bundesrat die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten und das Profiling somit ausnahmsweise in einer Verordnung regeln (BBl 2017 7080; MUND CLAUDIA, in Baeriswyl/Pärli/Blonski (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2. Aufl. 2023, Art. 34 Rz. 18). Wenn nach Artikel 34 Absatz 2 DSG keine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn erforderlich ist, müssen die Voraussetzungen von Absatz 3 demnach nicht erfüllt sein. Trotzdem kann Folgendes ausgeführt werden: Gemäss Artikel 17a StromVG erfassen intelligente Messsysteme den zeitlichen Verlauf der Energieflüsse bei Endverbrauchern, Erzeugern oder Speichern. Bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes geht somit hervor, dass die Definition sich nicht nur auf die intelligenten Messgeräte (die Smartmeter) bezieht, sondern die Messeinrichtung insgesamt. Zu dieser gehören auch die weiteren Einrichtungen, die unmittelbar zum Messgerät gehören oder mit diesem verbunden werden und notwendig sind, um das Gerät kommunikationstechnisch an ein Netz anzubinden (vgl. Botschaft ES 2050, BBl 2013 7561, 7761).

40/70 ElCom-D-D6B13401/73 149 Auf Verordnungsebene werden die zwingenden Bestandteile eines intelligenten Messsystems konkretisiert (BLÄTTER MANUEL, a. a. O., Art. 17a StromVG Rz. 16). Danach besteht es neben einem beim Betroffenen installierten elektronischen Elektrizitätszähler aus einem Datenbearbeitungssystem und einem digitalen Kommunikationssystem zur automatisierten Datenübermittlung zwischen den beiden Erstgenannten (Art. 8a Abs. 1 Bst. a-c StromVV). Im Zähler müssen die Lastgänge nur 60 Tage gespeichert werden (Anhang 2 Bst. F Ziff. 3.3 der Verordnung des EJPD über Messmittel für elektrische Energie und Leistung vom 26. August 2015 [EMmV; SR

941.251]). Weil der Platz im internen Speicher begrenzt ist, können sie dort auch nicht viel länger aufbewahrt werden. Damit ein intelligentes Messsystem den zeitlichen Verlauf der Energieflüsse erfassen kann, ist es somit zwingend notwendig, dass diese gemessen und vom Messgerät über das Kommunikationssystem auf das Datenbearbeitungssystem übertragen werden können. Wie nachstehend detailliert dargelegt, sind auch die weiteren Datenbearbeitungen durch die Gesuchsgegnerin für die Erfüllung von im StromVG verankerten Aufgaben unentbehrlich (siehe Ziff. 6.6). Artikel 34 Absatz 3 Buchstabe b DSGVO soll – wie im Übrigen auch Artikel 34 Absatz 2 Buchstabe c – zum Ausdruck bringen, dass bei der Frage der ausreichenden Rechtsgrundlage vermehrt auch auf die Intensität der Grundrechtseingriffe abzustellen ist (MUND CLAUDIA, a. a. O., Art. 34 Rz. 21). Angesichts der geringen Intensität der Eingriffe, welche die Datenbearbeitungen durch die Gesuchsgegnerin verursachen (siehe unten Rz. 152, 6.6.3, 203), ist nicht ersichtlich, inwiefern der Bearbeitungszweck besondere Risiken für die Grundrechte der betroffenen Person bergen könnte. Selbst wenn nach Artikel 34 Absatz 2 DSGVO eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn erforderlich wäre, könnte somit in Anwendung von dessen Absatz 3 ausnahmsweise davon abgewichen werden. 150 Zusammenfassend ergibt sich, dass die mit intelligenten Messsystemen bearbeiteten Lastgangdaten nach dem neuen DSGVO weiterhin als von Bundesorganen bearbeitete Personendaten gelten (Art. 5 Bst. a und i DSGVO). Sie fallen jedoch weder unter den Begriff des Profiling noch in eine Kategorie der besonders schützenswerten Personendaten (Art. 5 Bst. c u. f DSGVO). Weil überdies ihr Bearbeitungszweck und die Art und Weise der Datenbearbeitung nicht zu einem schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Personen führen können, ist keine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn erforderlich (Art. 34 Abs. 2 DSGVO). Überdies sind die Voraussetzungen gegeben, unter welchen der Bundesrat die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten und das Profiling ausnahmsweise in einer Verordnung regeln darf (Art. 34 Abs. 3 DSGVO).

E. 6.4.4

Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Gesetzesform 151 Eine Definition für die Schwere eines Eingriffs existiert nicht. Als Gemeinsamkeit zur Bestimmung der Schwere eignen sich aber ausschliesslich objektive Kriterien und nicht das subjektive Empfinden der Betroffenen (BGE 142 I 49 E. 7.1; 130 I 65 E. 3.3; je mit weiteren Hinweisen). Besonders qualifizierte Forderungen nach formell-gesetzlichen Grundlagen ergeben sich zum Beispiel aus Artikel 31 Absatz 1 BV für den Freiheitsentzug und Artikel 127 Absatz 1 BV für die Ausgestaltung der Steuern (SCHWEIZER RAINER J, a. a. O., Art. 36 Rz. 18 f.). Das Bundesgericht hat es nicht als schweren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erachtet, Angaben über persönliche Verhältnisse (wie Adressen und Ähnliches) und über vorgenommene Einvernahmen und Untersuchungshandlungen im Polizei-Informationssystem POLIS aufzubewahren bis in einer von der Exekutive erlassenen Verordnung vorgesehene Löschfristen ablaufen bzw. die Verfolgungsverjährung eintritt, obwohl eine Strafuntersuchung gegen die beschwerdeführende Person eingestellt worden war (BGE 138 I 256 E. 5-6.3; siehe insbes. E. 6.3). Nach der Rechtsprechung liegt hingegen ein schwerer Eingriff etwa dann vor, wenn die bisherige oder künftig mögliche, bestimmungsgemässe Nutzung eines Grundstücks durch Verbote oder Gebote verunmöglicht oder stark erschwert wird (BGE 145 I 156 E. 4.1; 133 II 220 E. 2.5).

41/70 ElCom-D-D6B13401/73 152 Aus der BV ergeben sich für die vorliegend zu beurteilenden Datenbearbeitungen keine speziellen Forderungen nach einer Grundlage in

einem Gesetz im formellen Sinn. Bereits der Umstand, dass nach den Voraussetzungen des DSG keine Grundlage in einem Bundesgesetz nötig ist, legt aber nahe, dass diese keine schwerwiegenden Einschränkungen verursachen. So bezweckt dieses ja gerade den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von natürlichen Personen, über die Personendaten bearbeitet werden (vgl. Art. 1 DSG) und stellt deswegen besonders qualifizierte Forderungen für den Verzicht auf eine formell-gesetzliche Grundlage. Objektive Anhaltspunkte, dass es sich um schwere Eingriffe handeln würde, sind denn auch nicht ersichtlich. Die zu beurteilenden Vorgänge betreffen keine Rechte und Pflichten, die wegen ihrer grundlegenden Bedeutung als wichtige rechtsetzende Bestimmungen in einem Bundesgesetz zu erlassen wären (vgl. Art. 164 Abs. 1 BV). Die Erfassung des Elektrizitätsbezugs und dessen zeitlichen Verlaufs durch 15-minütliche Lastgangmessungen ermöglicht zwar allenfalls gewisse Rückschlüsse auf die An- und Abwesenheit und die Gewohnheiten der betroffenen Personen. Diese erscheinen aber als leichte Eingriffe. Als Beispiele werden etwa genannt, ob jemand warm kocht oder ein heisses Bad nimmt, zu welchem Zeitpunkt bestimmte Geschäftstätigkeiten und Produktionsprozesse stattfinden (SPIELMANN ANDRE, a. a. O., Art. 17c StromVG Rz. 20 f.; EDÖB, 18. Tätigkeitsbericht 2010/2011, a. a. O. S. 42 f.). Die Intensität, mit der durch diese Messungen und die damit zusammenhängenden Datenbearbeitungsvorgänge in die Rechtsstellung der Betroffenen eingegriffen wird, ist jedenfalls weit geringer als diejenige der Verunmöglichung oder starken Erschwerung der bestimmungsgemässen Nutzung eines Grundstücks. 153 Überdies hat der Gesetzgeber den Bundesrat spezifisch ermächtigt, besondere Bestimmungen über die Bearbeitung der Daten aus intelligenten Messsystemen zu erlassen und zwar namentlich im Zusammenhang mit Lastgangmessungen (Art. 17c Abs. 2 StromVG). Bundesgesetze sind für die rechtsanwendenden Behörden massgeblich (Art. 190 BV). Der Gesetzgeber hat im Weiteren bewusst darauf verzichtet, einen mit dem EDÖB ausgearbeiteten Vorschlag für eine detaillierte Regelung für die Datenbearbeitung im Umgang mit intelligenten Steuer- und Regelsystemen in das Gesetz aufzunehmen. Dies, da der Vorschlag zu umfangreich war und zu stark in die Tiefe ging, nicht weil er keine oder weniger umfassendere Regeln erlassen wollte (Protokoll der UREK- S Geschäft 13.074 vom 10.-12. August 2015 S. 75 f.). In der Folge hat er die erwähnte Ermächtigung an den Bundesrat in Artikel 17c Absatz 2 StromVG aufgenommen. Der Bundesrat hat davon Gebrauch gemacht und in Artikel 8d Absatz 1 StromVV datenschutzrechtliche Spezialbestimmungen erlassen, die einen Katalog von Datenbearbeitungen enthalten, welche die Netzbetreiber ohne Einwilligung der Betroffenen vornehmen dürfen. Dieser ist abschliessend und klar und erscheint deshalb grundsätzlich als geeignet, um als spezialgesetzliche Sonderregelung die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze zu modifizieren (vgl. SPIELMANN ANDRE, a. a. O., Art. 17c StromVG Rz. 23 u. 25).

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