

# **ELCOM 233-00096-2023-06-06-GRrHar vom 6. Juni 2023**

ElCom, 2023-06-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom\\_233-00096-2023-06-06-GRrHar](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_233-00096-2023-06-06-GRrHar)

FR: ELCOM 233-00096-2023-06-06-GRrHar du 6 juin 2023

IT: ELCOM 233-00096-2023-06-06-GRrHar del 6 giugno 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Zuständigkeit

#### **E. 1.1**

Vorbringen der Gesuchsgegnerin 21 Die Gesuchsgegnerin macht geltend, es sei auf das Gesuch des Gesuchstellers mangels Zuständigkeit der ElCom nicht einzutreten. Unumstritten ist, dass die ElCom gemäss Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG zuständig ist, um im Streitfall über die anwendbaren Energietarife zu entscheiden. Die ElCom sei aber nur zuständig, wenn ein Tarifstreit zwischen einem Energieversorger und einem Energieabnehmer in der Grundversorgung vorliege (act. 4, Rz. 4; act. 17, Rz. 3 ff.). Der Gesuchsteller sei jedoch gestützt auf seinen Antrag auf Marktzugang und die Gestaltung der späteren Stromlieferverträge gerade nicht mehr in der Grundversorgung. Für privatrechtliche Vertragsbeziehungen zwischen Marktkunden sei die ElCom aber nicht zuständig, sondern diese seien dem Zivilrecht unterstellt (act. 4, Rz. 7 ff., 12 und 34; act. 17, Rz. 3 ff.). Die Gesuchsgegnerin hält weiter daran fest, dass die Frage, ob der Gesuchsteller in der Grundversorgung sei, im Rahmen der Zuständigkeit durch die ElCom zu prüfen sei (act. 17, Rz. 4 und 10).

#### **E. 1.2**

Kein Anspruch auf Zwischenverfügung 22 Das Verfahren vor der ElCom richtet sich nach dem VwVG (vgl. Art. 1 VwVG; Art. 57a ff. des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes [RVOG; SR 172.010] und Art. 11 des Geschäftsreglements der Elektrizitätskommission vom 12. September 2007 [GR ElCom; SR 734.74]). 23 Gemäss Artikel 7 Absatz 1 VwVG prüft die Behörde ihre Zuständigkeit von Amtes wegen. Wird die Zuständigkeit von einer Partei bestritten, so stellt die Behörde, die sich für zuständig hält, ihre Zuständigkeit durch Verfügung fest (Art. 9 Abs. 1 VwVG). Der Erlass einer selbständigen Zwischenverfügung ist in dieser Konstellation die Regel, aber nicht zwingend. Nach ständiger Rechtsprechung räumt Artikel 9 Absatz 1 VwVG der Behörde ein pflichtgemässes Ermessen ein, ob es sich aufgrund der konkreten Umstände rechtfertigt, über die umstrittene Zuständigkeit eine separate Zwischenverfügung zu erlassen oder darüber erst zusammen mit der Hauptsache zu befinden. Im Vordergrund stehen dabei prozessökonomische Aspekte (vgl. BGE 129 II 497 E. 2.4; Urteile des BGer 2C\_81/2009 vom 26. Mai 2009 E. 3.1 und 2C\_45/2009 vom 26. Mai 2009 E. 3.2.1; Urteile des BVer B-1290/2017 vom 22. September 2017 E. 5.2; A-6835/2013 vom 19. Februar 2014 E. 3.4.1 f., A-6537/2010 vom 11. Januar 2011 E. 1.2; THOMAS FLÜCKIGER, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe [Hrsg.], VwVG - Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2016, Art. 9 N 5; je mit Hinweisen). Praxismässig rechtfertigt sich die Feststellung der Zuständigkeit im Rahmen

des Endentscheids insbesondere dann, wenn die Zuständigkeit als offensichtlich gegeben erscheint (vgl. Urteile des BVGer A-6835/2013 vom 19. Februar 2014 E. 3.4.2 und A-6537/2010 vom 11. Januar 2011 E. 1.2; THOMAS FLÜCKIGER, a.a.O., Art. 9 VwVG N 5). Auch die konkreten Umstände können es rechtfertigen, nicht mit separater Zwischenverfügung über die Zuständigkeit zu entscheiden (Urteil des BVGer B-1290/2017 vom 22. September 2017 E. 5.2-5.3). Vorliegend bestreitet die Gesuchsgegnerin zwar die Zuständigkeit der ElCom. Wie aus den nachstehenden Erwägungen erhellt, ist die Zuständigkeit der ElCom aber zumindest teilweise offensichtlich gegeben und es drängt sich aufgrund des entscheidreifen Verfahrensstands aus prozessökonomischen Gründen auf, über die Zuständigkeitsfrage zusammen mit der Hauptsache zu entscheiden (vgl. Verfügung der ElCom 231-00078, Rz. 29). Des Weiteren hat die Gesuchsgegnerin im weiteren Verfahrensverlauf auch nie den Erlass einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung verlangt.

8/21 ElCom-D-B3B03401/32

### **E. 1.3**

Zuständigkeit der ElCom 24 Gemäss Artikel 22 StromVG überwacht die ElCom die Einhaltung dieses Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Die ElCom ist insbesondere zuständig für den Entscheid im Streitfall über den Netzzugang sowie die Überprüfung der Netznutzungstarife und - entgelte und die Elektrizitätstarife im Streitfall oder von Amtes wegen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a und b StromVG). 25 Im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach StromVG kommt der ElCom eine umfassende Kompetenz zu (Urteil des BVGer A-3343/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 1.1.2.2). Sie ist daher grundsätzlich überall dort zuständig, wo die Entscheid- und Verfügungskompetenz nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten ist (Urteil des BVGer A-2850/2014 vom 28 Mai 2015 E. 5.3). Ist dabei eine Frage aus einem anderen Rechtsgebiet zu beurteilen, die Auswirkungen auf den nach StromVG zu beurteilendem Sachverhalt hat, so darf die ElCom vorfrageweise darüber befinden (Urteil des BVGer A-6689/2012 vom 18. Februar 2014 E. 1.1.2; E. 8.5). 26 Die Preise für die Energielieferung für Endverbraucher mit Netzzugang (d.h. im freien Markt) sind jedoch der staatlichen Kontrolle entzogen und werden zivilrechtlich bzw. vertraglich festgelegt (BGE 142 II 451 E. 4.2.1 mit Hinweisen; Urteil des BGer 4A\_582/2014 vom 17.04.15 E. 2.2 mit Hinweisen auf BGE 138 I 454 E. 3.6.3 und Urteil des BGer 2C\_739/2010 vom 06.07.2011 E. 3.3). 27 Der Gesuchsteller stellt unter anderem das Rechtsbegehren, es sei festzustellen, dass er in der Grundversorgung ist (siehe oben, Rz. 9; act. 1, S. 2). Zwischen dem Gesuchsteller und der Gesuchsgegnerin ist streitig, ob der Gesuchsteller als Endverbraucher in der Grundversorgung zu qualifizieren ist, welcher in den Anwendungsbereich von Artikel 6 Absatz 1 StromVG und der damit zusammenhängenden Bestimmungen fällt, oder ob er als Endverbraucher mit Netzzugang (im Markt) gilt. 28 Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Streitigkeit im Sinne von Artikel 22 StromVG, die zentralen Bereiche der Stromversorgungsgesetzgebung betrifft. Die ElCom ist zudem für die Frage des Netzzugangs explizit zuständig. Die Zuständigkeit der ElCom für die Beurteilung der Rechtsfrage des Feststellungsbegehrens ist somit gegeben (vgl. Verfügung der ElCom 957-08-1699 vom 9. Dezember 2010, Rz. 18). 29 Der Gesuchsteller stellt zudem die zwei Leistungsbegehren (Rechtsbegehren 2 und 3), die Gesuchsgegnerin habe ihn im Jahr 2023 zu maximal den Tarifen der Grundversorgung mit Strom zu beliefern und ihm die Differenz zwischen den bezahlten Preisen und dem Tarif

der Grundversorgung für das Jahr 2022 zurückzuerstatten (siehe oben, Rz. 9; act. 1, S. 2). Diese Rechtsbegehren stützen sich auf Ansprüche, welche dem Gesuchsteller als Endverbraucher in der Grundversorgung gegebenenfalls zukommen würden.

9/21 ElCom-D-B3B03401/32 30 Der Gesuchsgegnerin ist zuzustimmen, dass die ElCom für die Leistungsbegehren zur Belieferung zu Tarifen der Grundversorgung nicht zuständig wäre, wenn man zum Schluss käme, der Gesuchsteller sei kein Endverbraucher in der Grundversorgung, da die ElCom zwar die Tarife in der Grundversorgung, nicht aber die Elektrizitätspreise im freien Markt kontrolliert. Um über die Leistungsbegehren entscheiden zu können, muss zwingend die Rechtsfrage geklärt werden, ob der Gesuchsteller in der Grundversorgung ist oder nicht. Dies beinhaltet die Frage, ob wirksam Netzzugang beantragt worden ist und ob die nachfolgenden Geschehnisse etwas daran ändern können. Darüber hinaus kann auch geprüft werden, ob der Gesuchsteller von der Gesuchsgegnerin in der Ausübung des Netzzugangs behindert wurde. Die Frage nach dem Status des Gesuchstellers, für dessen Klärung die ElCom zuständig ist, betrifft somit sowohl die Zuständigkeit als auch die materielle Begründetheit der Rechtsbegehren. Für die freie Ausübung des Netzzugangs ist die ElCom ebenfalls zuständig. Unter diesen Voraussetzungen ist es sachgerecht, die Rechtsbegehren 2 und 3 im materiellen Teil und nicht (teilweise) als Eintretensvoraussetzung abzuhandeln (vgl. bezüglich Vorgehen auch die Verfügung der ElCom 233-00095 vom 18.10.2022; Urteil des BGer 4A-305/2017 vom 18.01.2018 E. 1.3; BGE 115 II 237 E. 1a). 31 Der Gesuchsteller stellt schliesslich das Eventualbegehren, die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller für das Jahr 2023 Strom zu maximal [...] Rappen pro kWh zu liefern. Das Begehren wird für den Fall gestellt, dass die ElCom zum Schluss kommt, der Gesuchsteller sei als dem freien Markt zugehörig zu betrachten (act. 1, Rz. 37; act. 13, Rz. 18). Mangels Zuständigkeit der ElCom für die Festlegung von Lieferungspreisen in privatrechtlichen Verträgen (Art. 22 StromVG; BGE 142 II 451 E. 4.2.1 mit Hinweisen; Urteil des BGer 4A\_582/2014 vom 17.04.15 E. 2.2 mit Hinweisen auf BGE 138 I 454 E. 3.6.3 und Urteil des BGer 2C\_739/2010 vom 06.07.2011 E. 4.6) oder zur Beurteilung allgemeiner haftungsrechtlicher Fragen ist darauf nicht einzutreten.

## **E. 2**

Parteien und rechtliches Gehör

### **E. 2.1**

Parteien 32 Als Parteien gelten nach Artikel 6 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. 33 Der Gesuchsteller sowie auch die Gesuchsgegnerin sind dem Kanton [...] zugehörige [...]. Beide haben eine eigene Rechtspersönlichkeit und sind als Unternehmen im Handelsregister des Kantons [...] eingetragen ([...]). 34 Der Gesuchsteller hat bei der ElCom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingereicht, mit der er im Wesentlichen fordert, von der Gesuchsgegnerin zu Tarifen der Grundversorgung beliefert zu werden. Folglich sind beide materielle Verfügungsadressaten, sodass ihnen Parteistellung nach Artikel 6 VwVG zukommt.

### **E. 2.2**

Rechtliches Gehör 35 Die Eingaben der Parteien wurden wechselseitig zugestellt und es wurde den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die von den Parteien

vorgebrachten Anträge und die diesen zugrundeliegenden Argumente werden – sofern entscheiderelevant – bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

10/21 ElCom-D-B3B03401/32

### **E. 3**

Feststellungsinteresse 36 Gemäss Artikel 25 Absatz 2 VwVG muss ein Gesuchsteller bei einem Begehren um Feststellungsverfügung ein schutzwürdiges Interesse nachweisen. Er muss belegen, dass das Risiko nachteiliger Dispositionen besteht und dass ein allfälliges künftiges Verhalten, dessen Rechtsfolgen zu klären sind, wahrscheinlich ist. Kein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn ein Gesuchsteller seine Interessen ebenso gut durch den Erlass einer alsbald möglichen Leistungs- oder Gestaltungsverfügung wahren kann. Die Feststellungsverfügung ist damit subsidiär, wobei diese Subsidiarität nicht vorbehaltlos und absolut verstanden werden darf. Der Erlass einer Feststellungsverfügung darf wie bereits erwähnt etwa dann nicht verweigert werden, wenn die gesuchstellende Person vor dem Risiko nachteiliger Dispositionen bewahrt werden kann. Ebenso muss ein Feststellungsverfahren zulässig sein, wenn damit grundlegende Fragen vorweg geklärt werden können und sich so ein eventuell aufwendiges Verfahren über Leistungs- oder Gestaltungsbegehren erübrigt (WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 25 Rz. 15 und 20). 37 Das Bundesgericht versteht unter dem Feststellungsinteresse in konstanter Rechtsprechung «ein rechtliches oder tatsächliches Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses [...], dem keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, und welches nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann» (BGE 130 V 388 E. 2.4 S. 391 f.) 38 Der Gesuchsteller ist der Ansicht, dass das Feststellungsbegehren notwendig sei, um die Zuständigkeit der ElCom zu klären und dass die weiteren Fragen und Rechtsbegehren von dieser grundlegenden Frage abhängen (act. 13, Rz. 14). Diese Konstellation stelle eine Ausnahme der Voraussetzung der «Subsidiarität» dar (act. 13, Rz. 14; vgl. in diesem Sinn auch WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 25 N 20; WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, Orell Füssli Kommentar VwVG, Zürich 2022, Art. 25 N. 22). 39 Die Qualifikation des Gesuchstellers als Endverbraucher in der Grundversorgung hat erhebliche Auswirkungen auf die von ihm zu tragenden Stromkosten. Sollte nämlich festgestellt werden, dass der Gesuchsteller Strom im Rahmen der Grundversorgung bezieht, so müsste ihm der entsprechende Verteilnetzbetreiber gemäss Artikel 6 Absatz 1 StromVG den Strom zu angemessenen Tarifen liefern Diese können von der ElCom kontrolliert werden, die auch Absenkungen verfügen und Erhöhungen untersagen kann (Art. 22 Abs. 2 StromVG). Es stellt sich also die Frage, ob durch die vorherige Klärung der Frage, ob der Gesuchsteller in der Grundversorgung ist, ein aufwendiges Verfahren bezüglich der Überprüfung des Strompreises/Elektrizitätstarifs vermieden wird (vgl. Urteil des BVGer A-5452 vom 19.08.2010 E. 2.2.2.). Vorliegend wurden neben dem Feststellungsbegehren auch Leistungsbegehren gestellt (act. 1, S. 2). Da Leistungsbegehren für die Jahre 2022 und 2023 gestellt wurden, kann bereits anhand eines konkreten Falles entschieden werden, ob der Gesuchsteller als Endverbraucher mit Grundversorgung zu qualifizieren ist und ob die Stromkosten anzupassen sind. Ein unterschiedlicher Aufwand zwischen dem Feststellungs- und dem Leistungsverfahren, der es rechtfertigen würde, die Frage des Vorliegens oder

Nichtvorliegens des Status eines Endverbrauchers in der Grundversorgung in einem Feststellungsverfahren zu klären, besteht daher nicht. Somit entfällt das Feststellungsinteresse (vgl. Urteil des BVGer A-555/2018 vom 30.01.2019 E. 1.3.2; Urteil des BVGer A-4417/2007 vom 10.03.2010 E. 1.2). Auf das Feststellungsgesuch wird daher nicht eingetreten.

11/21 ElCom-D-B3B03401/32

#### **E. 4**

Vorbringen der Parteien

##### **E. 4.1**

Vorbringen des Gesuchstellers 40 Nach Ansicht des Gesuchstellers sei es rechtswidrig, dass die Gesuchsgegnerin den «Marktpreis» fordert, der weit über dem Tarif der Grundversorgung liegt (act. 1, Rz. 3). Er sei aufgrund eines Beschlusses des Regierungsrates [...] in der Grundversorgung gehalten worden und an der von ihm beabsichtigten und vom Stromversorgungsrecht vorgesehenen freien Wahl des Stromlieferanten gehindert worden. Daher habe die Gesuchsgegnerin ihn als Kunde der Grundversorgung zu den entsprechenden Tarifen zu beliefern (act. 1, Rz. 3). 41 Der Gesuchsteller bestreitet nicht, dass er den Willen hatte und zum Ausdruck brachte, von seinem Recht auf Netzzugang Gebrauch zu machen, und räumt ein, dass er am 6. Mai 2014 bei der Gesuchsgegnerin einen Antrag gestellt habe, um von seinem Recht auf Netzzugang Gebrauch zu machen (act. 1, Rz. 10 und 15; act. 1, Beilage 9; act. 13, Rz. 7). Er bestreitet auch nicht, dass in der Folge Begriffe verwendet wurden, die vom "freien Markt" sprachen (act. 13, Rz. 7). 42 Er ist der Ansicht, die Gesuchsgegnerin habe den Regierungsratsbeschluss [...] erwirkt, um einem allfälligen Lieferantenwechsel des Gesuchstellers zuvorzukommen (act. 1, Rz. 19; act. 13, Rz. 7). Danach habe sie den Regierungsratsbeschluss durchgesetzt und erfolgreich den Gesuchsteller daran gehindert, seinen Anbieter frei zu wählen oder seinen Strombedarf auszuschreiben (act. 1, Rz. 15 und 30). Damit sei der Gesuchsteller in der Grundversorgung verblieben, da das von dem Gesuchsteller als entscheidend erachtete Element der freien Lieferantenwahl fehle. Das Element der freien Lieferantenwahl sei gemäss Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d StromVG entscheidend für die Beurteilung, ob vom Netzzugang Gebrauch gemacht wurde (act. 13, Rz. 7). Der Gesuchsteller unterliege somit einem - vom Regierungsrat beschlossenen und von der Gesuchsgegnerin durchgesetzten - Kontrahierungszwang, der ihm den Eintritt in den freien Markt verunmögliche (act. 1, Rz. 18 und 26 f.). Er habe dadurch finanzielle Einbussen erlitten, da andere Anbieter kostengünstiger gewesen wären. Da in Erwartung der Aufhebung des erwähnten Regierungsratsbeschlusses stets nur Einjahresverträge abgeschlossen worden seien, sei der Gesuchsteller dann auch im Jahr 2022 mit explodierenden Strompreisen in der misslichen Lage gewesen, zu einem denkbar schlechten Zeitpunkt neu abzuschliessen. Dieses Risiko hätte mit Mehrjahresverträgen vermindert werden können (act. 1, Rz. 30). 43 Laut Gesuchsteller sei klar, dass die finanziellen Motive der Gesuchsgegnerin immer im Vordergrund standen. Die Antwort auf [den parlamentarischen Vorstoss] [...]» zeige, dass die Einsparungen durch Marktbeschaffung bei anderen Lieferanten der staatlichen Stellen verhindert werden sollten, um Gewinneinbussen bei [der Gesuchsgegnerin] zu vermeiden (siehe oben, Rz. 8; act. 1, Rz. 12 und 16; act. 1, Beilage 11) 44 Nachdem dem Gesuchsteller vorgegeben worden sei, sich an den Regierungsratsbeschluss vom [...] zu halten, habe dieser mit E-Mail vom [...] an [...]

«unmissverständlich erklärt, sich daran zu halten, was als Verzicht auf den Netzzugang im Sinne des Artikel 2 Absatz 1 lit. f StromVV zu werten ist» (act. 1, Rz. 24).

12/21 ElCom-D-B3B03401/32 45 Das Verhalten der Gesuchsgegnerin erfülle auch den Tatbestand des Rechtsmissbrauchs im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101), da sie den Gesuchsteller wie einen gefangenen Kunden gehalten und ihm gleichzeitig den Tarifschutz und den Schutz vor Preismissbrauch vorenthalten habe, indem sie ihn dem vollen Preisrisiko ausgesetzt habe (act. 1, Rz. 27-29; act. 13, Rz. 5 f.). Er bestreitet jedoch nicht, dass zwischen den Parteien «individuelle» Verträge geschlossen wurden und dass der Gesuchsteller in den Genuss von Tarifen kam, die niedriger waren als die in der Grundversorgung vorgesehenen Tarife (act. 1, Rz. 22). Dies sei jedoch gemäss Bundesgerichtsentscheid 2C\_739/2010 vom 6. Juli 2011 (Stahl Gerlafingen gegen AEK) allein noch kein Indiz für einen freien Markt, denn Grosskunden in der Grundversorgung dürften Tarife angeboten werden, die unter den Gestehungskosten liegen, solange die übrigen Grundversorgungskunden dadurch nicht mit höheren Tarifen rechnen müssen (act. 1, Rz. 25 f. und 31; act. 13, Rz. 5 f.). Der Gesuchsteller hätte keine Möglichkeit zum Vergleich und zur Auswahl der Angebote und damit keine freie Wahl gehabt, was unter Bezug auf die Verfügung der ElCom 957-08-1699 vom 9. Dezember 2010 auch ein Indiz sei, dass er nicht auf dem Markt war (act. 1, Rz. 25 f.). Dass die Gesuchsgegnerin Verträge vorgelegt habe, die «den Markt simuliert» hätten, ändere nichts, da «Falsa demonstratio non nocet» gemäss Artikel 18 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (OR; SR 220). Die Bezeichnungen der Verträge könnten nicht ausschlaggebend sein (act. 1, Rz. 33). 46 Mit Bezug auf das Eventualbegehren und damit für den Fall, dass die ElCom den Gesuchsteller als dem freien Markt zugehörig betrachtet, dürfe der Rechtsmissbrauch der Gesuchsgegnerin nicht allein zu Lasten des Gesuchstellers gehen und diesem daher nicht das volle Preisrisiko aufgebürdet werden (act. 1, Rz. 36 f.; act. 13, Rz. 18). Entsprechend sei ein Preis von maximal [...] Rappen für das Jahr 2023 festzusetzen. Es werde dabei nur das Jahr 2023 verlangt, da der Gesuchsteller dann in Anwendung der binnenmarktrechtlichen Empfehlung der Wettbewerbskommission (WEKO) gemäss Artikel 8 Absatz 3 des Bundesgesetzes vom

#### **E. 4.2**

Vorbringen der Gesuchsgegnerin 47 Die Gesuchsgegnerin macht geltend, dass zwischen den Parteien kein Grundversorgungsverhältnis mehr bestehe. Sie stützt sich dabei auf die Ausgestaltung der Marktzugangsverträge (act. 4, Rz. 7-11; act. 17, Rz. 14 f.; act. 1, Beilage 3-9; siehe oben, Rz. 3 und 6). Der Wortlaut der in den Verträgen verwendeten Bestimmungen sei klar und unmissverständlich. Es ginge deshalb um eine privatrechtliche Vertragsbeziehung, die nach dem verwendeten Wortlaut und dem Willen der Beteiligten dem Zivilrecht unterstellt sei (act. 4, Rz. 12). 48 Die Gesuchsgegnerin wirft dem Gesuchsteller vor, dass er die Anwendung der Grundversorgungstarife nur für die Perioden (2022 und 2023) verlangt, in denen diese für ihn vorteilhaft seien. Für die anderen Perioden (2014 bis 2021) wolle der Gesuchsteller für sich gelten lassen, dass er von Marktpreisen in den abgeschlossenen Verträgen profitieren könne. Er widerspreche sich damit selbst, indem er sich nicht bereit zeige, die frühere Preisvorteile gegenüber Grundversorgungstarife (2014 bis 2021) zurückzuzahlen (act. 4, Rz. 13 f., 28 und 31). Dieses «opportunistische» Verhalten des Gesuchstellers sei insbesondere durch die Rechtsprechung verboten (Urteil des BGer 2C\_739/2010; E 4.5). Diese wolle Wechselspiele zwischen der Grundversorgung

und dem freien Markt verhindern. Es sei offensichtlich, dass der Gesuchsteller seinen Antrag nur wegen der gestiegenen Strompreise stelle. Es sei davon auszugehen, dass der Gesuchsteller wieder wechseln werde, sobald die Strompreise auf dem freien Markt niedriger seien (act. 4, Rz 13 f., 28 und 31).

13/21 ElCom-D-B3B03401/32 49 Die Gesuchsgegnerin bestreitet, unterschiedliche individuelle Tarife für Grosskunden angewandt und damit gegen das Diskriminierungsverbot des Artikels 6 Absatz 3 StromVG verstossen zu haben. Artikel 6 Absatz 3 StromVG gelte nämlich auch für die Endverbraucher, welche auf Netzzugang verzichten (act. 17, Rz. 26). Sie habe ihre Grundversorgungskunden stets nach den von ihr festgelegten und von der ElCom nicht beanstandeten Tarifen behandelt (act. 4, Rz. 15). 50 Für den Verbleib des Gesuchstellers in der Grundversorgung fehle es an einer rechtlichen Grundlage. Es gelte für beide Parteien, dass [Ausführungen zur Organisation/Leitung der Parteien gemäss kantonalem Recht]. Daraus würde sich insbesondere ergeben, dass der Kanton bzw. die kantonalen Organe keine rechtliche Möglichkeit haben, den beiden [Parteien] [...] verbindliche Vorgaben für eine gemeinsame strategische Ausrichtung zu erteilen. Für eine Initiative der Gesuchsgegnerin mit Hilfe der politischen Organe, den Gesuchsteller verbindlich anzuweisen, bezüglich der Stromversorgung in der Grundversorgung zu verbleiben bzw. den Strom von der Gesuchsgegnerin zu beziehen, fehle somit die gesetzliche Grundlage. Ausserdem lege der Gesuchsteller für den angeblichen Kontrahierungszwang keine Sachverhaltsgrundlage dar (act. 4, Rz. 16-20). 51 Selbst wenn es Lobbying-Aktivitäten der Gesuchsgegnerin gegeben hätte, um zu erreichen, dass der Gesuchsteller bei [der Gesuchsgegnerin] als Stromlieferantin verbleibt, liesse sich daraus kein Zwang für den Gesuchsteller ableiten. Der Gesuchsteller habe sich bereits im Juni 2014 für die Marktbeschaffung entschieden, also deutlich vor dem fraglichen Regierungsratsbeschluss, und habe danach am 25., 29. und 30. Juni 2015 seine Strombeschaffung am Markt gegenüber der Gesuchsgegnerin nochmals ausdrücklich bestätigt (act. 4, Rz. 21, 7-10; act. 1, Beilage 4 und 9). Der Regierungsratsbeschluss habe gemäss der zitierten bundesgerichtlichen Praxis (Urteil des BGer 2C\_739/2010 vom 6. Juli 2011 E. 4.5) gar keine Wirkung mehr im Sinne eines Verbleibs in der Grundversorgung entfalten können. Dem Regierungsrat fehle die Kompetenz, um in ein einmal begründetes privatrechtliches Verhältnis einzugreifen (act. 4, Rz. 21; act. 9, Rz. 5; act. 17, Rz. 16-21). 52 Die Tatsache, dass der Gesuchsteller seinen Strom vom bisherigen Netzbetreiber bezogen hat, sei kein Kriterium für die Annahme eines Grundversorgungsverhältnisses. Entscheidend sei vielmehr, dass sich der Gesuchsteller unmissverständlich als Marktkunde konstituiert und damit seinen Anspruch auf Grundversorgung unwiderruflich verwirkt habe (act. 4, Rz. 23 f.; act. 17, Rz. 12 f. und 29). Diesbezüglich fehle es an einer gesetzlichen Grundlage, die es erlauben würde, die privatrechtliche Willenserklärung (Vertragsschluss) auf ihre Rechtsgültigkeit hin zu überprüfen. Der Gesuchsteller bringe denn auch nichts vor, welche den Rechtsbestand der einzelnen Verträge in Frage stelle (act. 9, Rz. 12 f.). 53 Falls der Gesuchsteller durch den direkten Abschluss der Verträge mit der Gesuchsgegnerin ohne vorgängige Ausschreibung gegen das Vergaberecht verstossen habe, führe dies nicht zur Unverbindlichkeit der abgeschlossenen Verträge. Rechtliche Konsequenzen daraus seien durch den Gesuchsteller zu tragen (act. 4, Rz. 25). 54 Es stehe somit fest, dass der Gesuchsteller Marktkunde sei und der Rechtsstreit ausschliesslich durch den Zivilrichter zu entscheiden sei (act. 4, Rz. 26). 5 Materielle Beurteilung 55 Im Wesentlichen sind nachfolgend die folgenden zwei Fragen zu beantworten: Hat der Gesuchsteller 2014 wirksam Netzzugang beantragt und ist er entsprechend grundsätzlich als freier

Endverbraucher im Markt zu qualifizieren? Falls die erste Frage zu bejahen ist: Haben die zeitlich nachfolgenden Ereignisse – insbesondere der Regierungsratsbeschluss vom [...] – einen Einfluss auf diese Qualifikation des Gesuchstellers? Geprüft wird zudem, ob die Gesuchsgegnerin als Netzbetreiberin die Ausübung des Netzzugangs in stromversorgungsrechtlich relevante Weise vereitelte.

14/21 ElCom-D-B3B03401/32 5.1 Gesuchsteller als Endverbraucher mit Netzzugang 56  
Nach Artikel 6 Absatz 6 e contrario in Verbindung mit Artikel 13 Absatz 1 StromVG haben Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh Anspruch auf Netzzugang. Für den Netzzugang ist gemäss Artikel 11 Absatz 1 StromVV der innerhalb der letzten zwölf Monate vor der letzten Ablesung ausgewiesene Jahresverbrauch massgebend. Artikel 11 Absatz 2 StromVV sieht vor, dass Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh, die nicht bereits Elektrizität gestützt auf einen schriftlichen, individuell ausgehandelten Liefervertrag beziehen, dem Verteilnetzbetreiber in ihrem Netzgebiet jeweils bis zum 31. Oktober mitteilen können, dass sie von ihrem Anspruch auf Netzzugang ab dem 1. Januar des folgenden Jahres Gebrauch machen. Damit entfällt die Lieferpflicht des Verteilnetzbetreibers gemäss Artikel 6 StromVG endgültig (Art. 11 Abs. 2 in fine StromVV). 57 Der Gesuchsteller beantragte am 6. Mai 2014 den Marktzutritt per 1. Juni 2014 für drei Verbrauchsstätten (act. 1, Beilage 9). Diese Verbrauchsstätten hatten für das Jahr 2013 einen Jahresverbrauch von [...] MWh, [...] MWh und [...] MWh (act. 1, Beilage 3; vgl. auch Bestätigung der Gesuchsgegnerin in act. 1, Beilage 4 am Ende). Der Gesuchsteller überschritt zum Zeitpunkt des Gesuchs um Marktzugang also unbestrittenermassen die Schwelle von 100 MWh. Vorliegend wird auch nicht geltend gemacht, dass der Gesuchsteller vorgängig Elektrizität gestützt auf einen schriftlichen, individuell ausgehandelten Liefervertrag bezogen hätte. Der Gesuchsteller erfüllte daher die Voraussetzungen für den Netzzugang für die drei Verbrauchsstätten. 58 Bei der Mitteilung der Ausübung des Rechts auf Netzzugang gemäss Artikel 11 Absatz 2 StromVV handelt es sich, analog zur Kündigung, um die Ausübung eines Gestaltungsrechts in Form einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung, die dem Netzbetreiber spätestens am 31. Oktober zugegangen sein muss. Endverbraucher können ihr Recht aber auch «quasi konkludent» ausüben, indem sie gestützt auf einen schriftlichen, individuell ausgehandelten Liefervertrag bereits Elektrizität beziehen (Art. 11 Abs. 2 StromVV; LEITNER HEINZ/ROTHENFLUH ALEX, in: Brigitta Kratz/ Michael Merker/ Renato Tami/ Stefan Rechsteiner/ Kathrin Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, 1. Aufl., Bern 2016, StromVG Artikel 6 Rz. 15 mit Hinweisen). 59 Die Willenserklärung besteht in einer «Mitteilung des Willens zur Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses», die den «Wille des Erklärenden» und den «Erklärungsvorgang» umfasst. Der Erklärende muss einen aktuellen und endgültigen Willen haben, ein Rechtsverhältnis in einer bestimmten Weise zu gestalten (sog. Geschäftswille) und den Willen haben, den bestehenden Geschäftswillen dem Empfänger mitzuteilen, damit er Geltung erlange. Der «Erklärungsvorgang» umfasst die Abgabe der Erklärung und ihre Kenntnisnahme durch den Empfänger. Eine empfangsbedürftige Willenserklärung wird erst wirksam, wenn sie dem Empfänger zugeht («Zugangsprinzip»). Der Zugang der Erklärung bestimmt, ob und wann die Erklärung wirksam wird und ist bei mittelbaren Erklärungen von der Kenntnisnahme durch den Empfänger zu trennen. Eine mittelbare Erklärung per E-Mail wird bereits dann wirksam, wenn sie vom Empfänger abgerufen werden kann («Empfangstheorie») (GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich-Basel-Genf

2020, Rn. 167-176, 193-197, 202).

15/21 ElCom-D-B3B03401/32 60 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Gesuchsteller von seinem Netzzugangsrecht Gebrauch machen wollte und am 6. Mai 2014 den Marktzutritt per 1. Juni 2014 beantragte (siehe oben, Rz. 2; act. 1, Rz. 10 und 15; act. 1, Beilage 9; act. 13, Rz. 7). Mit Brief vom

#### **E. 6**

Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts und des BGBM für Stromlieferungen vom 22. März 2021 zuhanden der Energiedirektionen der Kantone sowie ausgewählter Gemeinden die Strombeschaffung für das Jahr 2024 ausschreiben werde. Dies hätte er dann auch schon vorher tun müssen, wäre er nicht daran gehindert worden.

#### **E. 9**

Dezember 2010, Rz. 41 f.; Urteil des BGer 2C\_739/2010 vom 6. Juli 2011 E. 4.1). Im vorliegenden Fall ist dies jedoch nicht einschlägig, da zwischen den Parteien offensichtlich ein Marktvertrag abgeschlossen wurde. 63 Macht ein Endverbraucher gestützt auf Artikel 11 Absatz 2 StromVV von seinem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch, entfällt gemäss Artikel 11 Absatz 2 letzter Satz StromVV die Lieferpflicht des Betreibers des Verteilnetzes nach Artikel 6 StromVG endgültig (Grundsatz «einmal frei, immer frei»; vgl. Urteil des BGer 2C\_739/2010 vom 6. Juli 2011 E. 4.1). Wer den Lieferanten wechselt und von seinem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch macht, kann er später somit nicht mehr in die Grundversorgung zurückkehren. Auch der erläuternde Bericht zum Entwurf der StromVV führt aus, dass Endverbraucher, welche schon bisher Netzzugang hatten, frei bleiben und nicht mehr auf ihren Netzzugang verzichten können (Bundesamt für Energie, Stromversorgungsverordnung, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007, Art. 4, S. 7).

16/21 ElCom-D-B3B03401/32 64 Der Gesuchsteller ist der Ansicht, dass aus den Verträgen nicht geschlossen werden könne, dass er Strom auf dem Markt bezogen habe und dass es sich um Grundversorgungsverträge handle. Er argumentiert, dass gemäss Verfügung der ElCom 957-08-1699 vom 9. Dezember 2010 und Urteil des Bundesgerichts 2C\_739/2010 vom 6. Juli 2011 (Stahl Gerlafingen gegen AEK) die Tatsache, dass die Verträge individuell ausgestaltet sind und auch Preise unterhalb der Grundversorgungstarife vorsehen, nicht ausreicht, um von einem Marktvertrag auszugehen (act. 1, Rz. 25 f. und 31; act. 13, Rz. 5 f.). Er argumentiert weiter, dass der Grundsatz «Falsa demonstratio non nocet» gemäss Artikel 18 OR es verbiete, die Bezeichnung der Verträge, die den «Markt simuliert» hätten, als ausschlaggebend für die Qualifikation der Verträge zu betrachten (act. 1, Rz. 33). 65 Wie oben erwähnt, kann die Ausübung des Netzzugangsrecht auch «quasi konkludent» erfolgen, indem ein Endverbraucher bereits aufgrund eines schriftlichen, individuell ausgehandelten Liefervertrag Elektrizität bezieht (Art. 11 Abs. 2 StromVV) (LEITNER HEINZ/ROTHENFLUH ALEX, in: Brigitta Kratz/ Michael Merker/ Renato Tami/ Stefan Rechsteiner/ Kathrin Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, 1. Aufl., Bern 2016, StromVG Artikel 6 Rz. 15 mit Hinweisen). Eine solche Konstellation war Gegenstand der von dem Gesuchsteller erwähnten Entscheide (Verfügung der ElCom 957-08-1699 vom 9. Dezember 2010 und Urteil des BGer 2C\_739/2010 vom 6. Juli 2011). In diesen Entscheiden ging es um die Frage, ob die schriftlichen, individuell ausgehandelten Verträge, die vor Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes abgeschlossen wurden, als

Geltendmachen des Netzzugangsrechts gemäss Artikel 11 Absatz 2 StromVV zu betrachten waren (Verfügung der ElCom 957-08-1699 vom 9. Dezember 2010 Rz. 41 f.; Urteil des BGer 2C\_739/2010 vom 6. Juli 2011 E. 4.1). Umstritten war also «die Tragweite von unter altem Recht abgeschlossenen Stromliefervereinbarungen» (Urteil des BGer 2C\_739/2010 E. 4.2). Das Bundesgericht kam damals zum Schluss, «dass die Rechtshandlungen unter altem Recht nicht ohne weiteres mit der gleichen Rechtswirkung verbunden werden dürfen wie neurechtliche» (Urteil des BGer 2C\_739/2010 E. 4.6). Im vorliegenden Fall ist jedoch nicht zu prüfen, ob der Marktzutritt konkludent erfolgt ist, da der Gesuchsteller von seinem Netzzugangsrecht nach Inkrafttreten des StromVG per 1. Juni 2014 ausdrücklich Gebrauch gemacht hat (siehe oben Rz. 61). 66 Als Zwischenfazit kann daher festgehalten werden, dass der Gesuchsteller rechtswirksam Netzzugang beantragt hat und spätestens per 1. Juni 2014 als Endverbraucher im Markt zu qualifizieren ist. Nachstehend ist daher noch zu prüfen, ob der Regierungsratsbeschluss vom [...] oder das angebliche Verhalten der Gesuchsgegnerin daran etwas zu ändern vermögen.

5.2 Kein Einfluss der Vorkommnisse ab 2015 auf die Qualifikation des Gesuchstellers 67 Der Gesuchsteller stützt sich auf den Regierungsratsbeschluss vom [...], der namentlich bestimmt: «Der Regierungsrat sieht vor, dass die kantonalen Beteiligungen für ihren Strombezug vorerst in der Grundversorgung verbleiben» (act. 1, Beilage 10). Er macht geltend, es sei ihm vorgegeben worden, sich an den Regierungsratsbeschluss vom [...] zu halten und dass er danach mit E-Mail vom [...] an das dafür zuständige [...] unmissverständlich erklärt habe, sich daran zu halten, was als Verzicht auf den Netzzugang im Sinne des Art. 2 Absatz 1 lit. f StromVV zu werten sei (act. 1, Rz. 18 und 24; act. 1, Beilage 12). 68 Zunächst ist festzustellen, dass sich der Regierungsratsbeschluss vom Wortlaut her («in der Grundversorgung verbleiben» nur auf Beteiligungen bezog, welche noch in der Grundversorgung waren. Wie oben festgestellt (Ziff. 5.1), befand sich der Gesuchsteller zum Zeitpunkt des Erlasses des Beschlusses indes nicht mehr in der Grundversorgung. Der Regierungsratsbeschluss fand somit auf den Gesuchsteller gar keine Anwendung.

17/21 ElCom-D-B3B03401/32 69 Weiter hat der Gesuchsteller gegenüber dem Regierungsrat in ihrer E-Mail vom [...] nicht zugesichert, keine Marktverträge mehr abzuschliessen. Vielmehr hat er darin «lediglich» darauf verzichtet, seinen Bedarf auszuschreiben bzw. Konkurrenzofferten zu berücksichtigen (act. 1, Beilage 12). Im kurz nachher von dem Gesuchsteller unterzeichneten Vertrag, welcher zudem preislich von den Grundversorgungstarifen abweicht (act. 1, Beilagen 3, 17 und 18), ist denn auch explizit vermerkt, dass der Kunde (Gesuchsteller) von seinem Marktzugangsrecht Gebrauch gemacht hat und die elektrische Energie für die Verbrauchsstätten im freien Markt bezieht (act. 1, Beilage 4, Präambel Bst. C.). Dass damit ein Marktvertrag gemeint ist, wird auch dadurch deutlich, dass in der E-Mail an den Regierungsrat erwähnt wird, dass die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller «durch sofortige Anwendung der neuen Preise auf dem im Prinzip noch laufenden alten Vertrag bis Ende Jahr 2015» einen Vorteil gewährt hat (act. 1, Beilage 12). 70 Ob der Regierungsrat überhaupt die Kompetenz hatte, dem Gesuchsteller (und anderen kantonalen Beteiligungen) verbindliche Vorgaben zur Strombeschaffung zu machen, kann offenbleiben, da selbst ein für den Gesuchsteller verbindlicher Regierungsratsbeschluss an dem auf Bundesrecht basierenden Status des Gesuchstellers als Endverbraucher im Markt nichts mehr zu ändern vermocht hätte. Entsprechend ist für das vorliegende Verfahren auch irrelevant, welchen Einfluss die Gesuchsgegnerin auf diesen Beschluss hatte. Entscheidend ist, dass der Gesuchsteller im Sinne des Grundsatzes «einmal frei, immer frei» gar nicht mehr auf den Netzzugang verzichten konnte, da er von seinem

Recht auf Netzzugang bereits Gebrauch gemacht und auf dem Markt Strom bezogen hatte (vgl. oben, Rz. 61). 71 Gemäss Gesuchsteller habe die Gesuchsgegnerin den Regierungsratsbeschluss durchgesetzt und erfolgreich den Gesuchsteller «als gefangenen Kunden» daran gehindert, seinen Anbieter frei zu wählen (act. 1, Rz. 15; act 7, Rz. 5). Somit sei der Gesuchsteller in der Grundversorgung verblieben, da das von dem Gesuchsteller als entscheidend erachtete Element der freien Lieferantenwahl fehle (act. 13, Rz. 7). Der Gesuchsteller stützt sich für den behaupteten Kontrahierungszwang soweit ersichtlich ausschliesslich auf den Regierungsratsbeschluss vom [...] ab. Wie erwähnt kann der Regierungsratsbeschluss ganz allgemein für die Qualifikation des Gesuchstellers als Endverbraucher im Markt nicht relevant sein. Es bliebe daher lediglich die allfällige Vorgabe, den Strombezug – zu Konditionen im Markt – ausschliesslich von der Gesuchsgegnerin zu beziehen. Eine solche Vorgabe ist allerdings, soweit ersichtlich, in den Akten nicht belegt. Dabei würde es sich letztlich um eine Anweisung des Eigentümers handeln, trotz bestehendem Netzzugang keine Konkurrenzofferten zu berücksichtigen. Dies kann im öffentlichen Bereich beschaffungsrechtliche Fragen aufwerfen, die nicht von den Parteienanträgen umfasst und hier nicht zu prüfen sind. Wenn der Gesuchsteller stromversorgungs- und beschaffungsrechtliche Bedenken an der Umsetzung des Regierungsratsbeschlusses hatte, hätte er entsprechend beim Regierungsrat intervenieren oder allfällige ihm als [...] zustehende rechtliche Möglichkeiten nutzen können oder gar müssen. Die Frage einer allfälligen Haftung des Kantons gegenüber dem Gesuchsteller fällt nicht in die Zuständigkeit der ElCom und wurde auch nicht beantragt. 72 Der Gesuchsteller führt zudem an, es seien immer nur Einjahresverträge abgeschlossen worden, was sich nun 2022 als besonders nachteilig erwiesen habe (act 1, Rz. 30). Dieses Vorgehen hat er «in Erwartung der Aufhebung des Regierungsratsbeschlusses» jedoch selbst gewählt. Da der Abschluss der Verträge in den Marktbereich fällt, wäre die ElCom für die rechtliche Beurteilung auch nicht zuständig. 73 Im Übrigen ergeben sich aus den eingereichten Unterlagen keine Hinweise darauf, dass die Gesuchsgegnerin ihn am Abschluss eines Vertrages gehindert oder den Netzzugang für konkurrierende Lieferanten nicht gewährt hätte. Solche konkreten Behinderungen werden von dem Gesuchsteller auch nicht behauptet. Ein allfällige von dem Gesuchsteller behaupteter Rechtsmissbrauch ausserhalb der Pflichten der Gesuchsgegnerin als Netzbetreiberin fällt nicht in die Zuständigkeit der ElCom.

18/21 ElCom-D-B3B03401/32 5.3 Fazit 74 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist zu folgern, dass der Gesuchsteller von seinem Recht auf Netzzugang Gebrauch gemacht hat und sich nicht mehr in der Grundversorgung befindet. Die Anträge des Gesuchstellers, die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, ihn im Jahr 2023 zu maximal den Tarifen der Grundversorgung mit Strom zu beliefern und ihm die Differenz zwischen den bezahlten Preisen und dem Tarif der Grundversorgung für das Jahr 2022 zurückzuerstatten, (siehe oben, Rz. 9; act. 1, S. 2) sind daher abzuweisen. 75 Auf den Eventualantrag des Gesuchstellers (act. 1, S. 2; act. 1, Rz. 37; act. 13, Rz. 18), wird, wie bereits ausgeführt, nicht eingetreten (siehe oben, Rz. 31). 6 Prozessuale Anträge 76 Der Gesuchsteller erachtet es als Gebot der Waffengleichheit, dass ihm die Unterlagen zum Regierungsratsbeschluss zur Verfügung gestellt werden, damit er sich mit dessen Bedeutung für die Grundversorgung im Kanton sachgerecht auseinandersetzen könne. Diese Unterlagen seien auch wichtig, um den von ihm behaupteten Rechtsmissbrauch der Gesuchsgegnerin zu beweisen (act. 1, Rz. 13 ff.; vgl. oben, Rz. 45, act. 1, Rz. 27 ff.). Aus den Unterlagen sollte hervorgehen, wie die Gesuchsgegnerin in den Regierungsratsbeschluss (act. 1, Rz. 14) und

in die Antwort [des parlamentarischen Vorstosses] [...] (act. 1, Rz. 17) involviert war, und wie sie den Gesuchsteller an der freien Wahl seines Lieferanten zu hindern beabsichtigt hätte (act. 1, Rz. 15). Gestützt auf Artikel 12 Buchstabe a-c VwVG, Artikel 13 VwVG und Artikel 25 StromVG habe die ElCom aus den oben genannten Gründen die von dem Gesuchsteller als erheblich bezeichneten Unterlagen einzufordern. (act. 13, Rz. 3 f.). 77 Die Gesuchsgegnerin bringt vor, es sei auf die prozessualen Anträge (siehe oben, Rz. 9; act. 1, S. 2) mangels Zuständigkeit nicht einzutreten (act. 4, Rz. 41). Ein unmittelbares Herausgaberecht bestehe im schweizerischen Verwaltungsverfahren nicht, vielmehr müsse der Gesuchsteller gestützt auf Artikel 26 VwVG Akteneinsicht bei der zuständigen Behörde verlangen, was im konkreten Fall mangels Zuständigkeit der ElCom nicht möglich sei (act. 4, Rz. 41 f.). Die ElCom habe die Möglichkeit, von der Gesuchsgegnerin im Rahmen der Mitwirkungspflicht nach Artikel 25 StromVG bzw. Artikel 13 VwVG Informationen und Unterlagen einzufordern. Voraussetzung sei, dass diese Informationen und Unterlagen für die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts notwendig und verhältnismässig sind. Soweit sich diese Vorlagen auf Vorgänge beziehen, die nach der rechtswirksamen Entscheidung des Gesuchstellers, von seinem Marktzugang Gebrauch zu machen, eingetreten sind, seien sie irrelevant und nicht entscheidungserheblich. Ausserdem würde die Herausgabe dieser Unterlagen der Gesuchsgegnerin einen erheblichen Aufwand abverlangen, sodass der Editionsbegehren die oben genannten Voraussetzungen nicht erfülle und daher abgewiesen werden solle (act. 17, Rz. 9). Entsprechend verlangt die Gesuchsgegnerin den Erlass einer formellen und anfechtbaren Editionsverfügung, sowie im Falle des Erlasses einer solchen Verfügung gegen [Teil der kantonalen Behörde] die Einräumung der Parteistellung in jenem Verfahren (act. 4, Rz. 43-48).

19/21 ElCom-D-B3B03401/32 78 Wie oben erwähnt, besteht aufgrund der bereits vorliegenden Akten kein Zweifel daran, dass der Gesuchsteller im Juni 2014 Netzzugang beantragte und Elektrizität im Markt bezog (siehe oben, Rz. 61). Die von dem Gesuchsteller herausverlangten Unterlagen betreffen allesamt Tatsachen, die alle in zeitlicher Hinsicht nach dem erfolgten Marktzutritt des Gesuchstellers einzuordnen sind. Nach dem Grundsatz «einmal frei, immer frei» darf der Endverbraucher, der bereits von seinem Recht auf Netzzugang Gebrauch gemacht hat, die Belieferung in der Grundversorgung nicht mehr beanspruchen (Art. 11 Abs. 2). Für die Beurteilung der (kantonsinternen) Gründe, welche allenfalls dazu geführt haben, dass der Gesuchsteller seinen Strombedarf – im Markt – nicht ausgeschrieben und stattdessen immer die Gesuchsgegnerin berücksichtigt hat, sowie für die Prüfung der Konditionen der abgeschlossenen privatrechtlichen Verträge, ist die ElCom wie erwähnt nicht zuständig. In diesem Sinne können die verlangten Unterlagen objektiv keinen Einfluss auf die Beurteilung der Rechtsbegehren des Gesuchstellers haben. Entsprechend gebieten es die Grundsätze der Prozessökonomie und der Verhältnismässigkeit, die prozessualen Anträge abzuweisen. 79 Der Antrag auf vorsorgliche Massnahmen wurde bereits infolge Rückzugs gegenstandslos (vgl. oben, Rz. 13). 7 Gebühren 80 Die ElCom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung Gebühren (Art. 21 Abs. 5 StromVG, Artikel 13a der Verordnung über Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich vom 22. November 2006 [GebV-En; SR 730.05]). Die Gebühren werden nach Zeitaufwand berechnet und betragen je nach Funktionsstufe des ausführenden Personals 75 bis 250 Franken pro Stunde (Art. 3 GebV-En). 81 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: 8 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend 2'000 Franken), 5 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 230 Franken pro Stunde

(ausmachend 1'150 Franken), 16 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend 3'2000 Franken) und anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 180 Franken pro Stunde (ausmachend 9'360). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von 15'710 Franken. 82 Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 1 Abs. 3 GebV-En i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Haben mehrere Parteien den Erlass einer Verfügung veranlasst, werden die dadurch entstandenen Gebühren nach dem Unterliegerprinzip auferlegt. Dies entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der für zahlreiche kostenpflichtige staatliche Verfahren üblich ist (siehe ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 2013, Rz. 653; BGE 132 II 47 E. 3.3). 83

8 Parteientschädigung 84 Der Gesuchsteller beantragt eine Parteientschädigung (act. 1, S. 2). 85 Weder das StromVG noch das VwVG sehen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren die Ausrichtung einer Parteientschädigung vor. Für eine analoge Anwendung von Artikel 64 VwVG, welcher das Beschwerdeverfahren betrifft, besteht kein Raum, da es sich beim Ausschluss von Parteientschädigungen im erstinstanzlichen Verfahren nicht um eine echte Lücke handelt, sondern dies vom Gesetzgeber bewusst so vorgesehen wurde (BGE 132 II 47 E. 5.2 mit weiteren Hinweisen). Aus diesem Grund wird vorliegend keine Parteientschädigung gesprochen.

20/21 ElCom-D-B3B03401/32 III Entscheid Gestützt auf diesen Erwägungen wird verfügt:

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