

# **ELCOM gesuch-um-gewaehrung-des-netzzugangs-und-zurverfu egungstellung-der-fuer-die-abre-2Dhw-v vom 12. November 2014**

ElCom, 2014-11-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom\\_gesuch-um-gewaehrung-des-netzzugangs-und-zurverfuegungstellung-der-fuer-die-abre-2Dhw-v](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_gesuch-um-gewaehrung-des-netzzugangs-und-zurverfuegungstellung-der-fuer-die-abre-2Dhw-v)

FR: ELCOM

gesuch-um-gewaehrung-des-netzzugangs-und-zurverfuegungstellung-der-fuer-die-abre-2Dhw-v du 12 novembre 2014

IT: ELCOM

gesuch-um-gewaehrung-des-netzzugangs-und-zurverfuegungstellung-der-fuer-die-abre-2Dhw-v del 12 novembre 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Zuständigkeit

#### **E. 1.1**

Im Allgemeinen 23 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.

#### **E. 1.2**

In Bezug auf den Netzzugang 24 Das vorliegende Verfahren wurde auf Gesuch der EKZ hin eröffnet. Das Gesuch richtet sich gegen die AET in ihrer Funktion als Netzbetreiberin des besonderen Versorgungsgebiets («compensatorio speciale», siehe Art. 4 Abs. 3 der «Legge cantonale di applicazione della legge federale sull'approvvigionamento elettrico del 23 marzo 2007» [LA-LAEI]) des Elektrizitätsnetzes der AlpTransit Gotthard AG (siehe Anhang zum «Regolamento della legge cantonale di applicazione della legge federale sull'approvvigionamento elettrico del 23 marzo 2007» [RLA-LAEI]). Das Gesuch hat die Frage des Netzzugangs sowie der Zurverfügungstellung von Messdaten und Informationen (siehe Art. 8 Abs. 3 StromVV) zum Gegenstand. 25 Gemäss Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG entscheidet die ElCom im Streitfall über den Netzzugang. Sie kann den Netzzugang vorsorglich verfügen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a letzter Satz StromVG). 26 Die Zuständigkeit der ElCom ist in Bezug auf die Frage des Netzzugangs somit gegeben.

#### **E. 1.3**

In Bezug auf den Schadenersatz 27 Die Gesuchsteller 2 beantragen, es sei ihnen die seit 1. Januar 2014 und bis zur Vollstreckung des Netzzugangs aufgelaufene Differenz zwischen den von der Gesuchsgegnerin in Rechnung gestellten Tarifen für Elektrizität und den mit dem Gesuchsteller 1 vereinbarten Strompreisen als Schadenersatz inklusive 5% Verzugszinsen seit 1. Januar 2014 zu bezahlen (act. 7, Antrag 3). 28 Die Gesuchsgegnerin beantragt, es sei auf die Anträge der Gesuchsteller nicht einzutreten. Eventualiter seien die

Anträge abzuweisen (act. 13, 29 und 51). 29 Nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG ist die ElCom zuständig für den Entscheid im Streitfall über den Netzzugang. Gemäss Artikel 22 Absatz 1 StromVG überwacht die ElCom die Einhaltung des StromVG, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. 30 Notwendig zum Vollzug des StromVG ist im vorliegenden Fall der Entscheid darüber, ob Netzzugang zu gewähren ist bzw. bereits per 1. Januar 2014 zu gewähren war. Normen zu Schadenersatz infolge Verweigerung des Netzzugangs und zu entsprechenden Verzugszinsen fehlen in der Stromversorgungsgesetzgebung.

10/27

31 Allfällige Ansprüche auf Schadenersatz oder Verzugszins, die sich aus dieser Frage ergeben, entziehen sich demzufolge der Zuständigkeit der ElCom und sind von den ordentlichen, dafür zuständigen Instanzen (z.B. Zivilgerichten) zu beurteilen. Auch bei Zusprechung des Netzzugangs bleibt die Frage des Schadenersatzes vertragsrechtlicher Natur. 32 Auf die Anträge betreffend Schadenersatz und Verzugszins ist somit mangels Zuständigkeit der ElCom nicht einzutreten.

## **E. 2**

Parteien 33 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. Nach Artikel 48 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Zur Beschwerde berechtigt sind ferner Personen, Organisationen und Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt (Art. 48 Abs. 2 VwVG).

### **E. 2.1**

Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ) (Gesuchsteller 1) 34 Die Gesuchsgegnerin und die Verfahrensbeteiligte machen geltend, dass die Parteistellung des Gesuchstellers 1 von der Parteistellung der Gesuchsteller 2 abhängt. Da Letztere keine Parteistellung hätten (vgl. dazu Rz. 38 ff.), könne auch der Gesuchsteller 1 keine Parteistellung im vorliegenden Verfahren haben (act. 27, Abschnitt III; act. 29, S. 13, «ad. 2»; act. 50, S. 8, «ad 28»). 35 Der Gesuchsteller 1 ist Netzbetreiber und versorgt grosse Teile des Gebiets des Kantons Zürich (siehe [maps.zh.ch](http://maps.zh.ch) > Stromnetzgebiete). Mit den Gesuchstellern 2 hat der Gesuchsteller 1 einen vom 9. bzw. 16. Oktober 2013 datierten und als «Kaufvertrag für Energy for Business» bezeichneten Energieliefervertrag abgeschlossen (siehe act. 2, Beilage 1). Dieser soll wirksam werden, sobald der Verfahrensbeteiligte erfolgreich Netzzugang angefordert hat (siehe Ziffer 3 des Energieliefervertrags). 36 Wie im nachfolgenden Kapitel 2.2 dargelegt wird, haben die Gesuchsteller 2 im vorliegenden Verfahren Parteistellung. Zudem hat der Gesuchsteller 1 als potentieller neuer Energielieferant ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Klärung der Frage, ob die Gesuchsteller 2 Anspruch auf Netzzugang haben. 37 Der Gesuchsteller 1 hat somit Parteistellung im vorliegenden Verfahren.

### **E. 2.2**

Consortio Comestei (Lotto 813) (Gesuchsteller 2) 38 Die Gesuchsgegnerin und die Verfahrensbeteiligte bringen vor, dass zu Gunsten des Rechtsvertreters des Gesuchstellers 1 von Seiten der Gesuchsteller 2 keine Vollmacht vorliege (act. 27, Abschnitt III, Ziff. 2; act. 29, Abschnitt IV, «Ad A. ad Frist und Vollmacht»; act. 31, S. 6, «ad C. ad Vollmacht»). Dazu ist festzuhalten, dass die Gesuchsteller 2 dem Gesuchsteller 1 eine Vollmacht mit Substitutionsvollmacht erteilt haben (act. 7, Beilage 5). Es gibt keine Hinweise darauf, dass die Bevollmächtigung des Rechtsvertreters des Gesuchstellers 1 ausserhalb des Rahmens dieser Substitutionsvollmacht erfolgt ist. Es ist somit davon auszugehen, dass der Rechtsvertreter im vorliegenden Verfahren von den Gesuchstellern gehörig bevollmächtigt ist.

11/27

39 Die Gesuchsgegnerin und die Verfahrensbeteiligte machen weiter geltend, die Gesuchsteller 2 (bzw. das Konsortium) seien keine Endverbraucher in der Grundversorgung sowie keine Verbrauchsstätte. Ausserdem seien die Gesuchsteller 2 nicht über die betreffenden Messstellen an das Netz der Gesuchsgegnerin angeschlossen und auch nicht Inhaber dieser Messstellen. Ihnen fehle somit die Parteieigenschaft (act. 13, S. 10, «Ad C»; act. 27, Abschnitt III, Ziff. 3; act. 29, S. 10 ff.; act. 50, S. 7 f., «ad 24 e 25»). 40 Die Gesuchsteller 2 sind von der materiellen Frage betroffen, ob sie als einfache Gesellschaft Energie für den eigenen Verbrauch beziehen und eine wirtschaftliche Einheit im Sinne von Artikel 11 Absatz 2 StromVV darstellen (vgl. Kapitel 5.4.2 und 5.4.5). Die Gesuchsteller 2 sind vom Ausgang des Verfahrens besonders betroffen. 41 Die Gesuchsteller 2 haben somit Parteistellung im vorliegenden Verfahren.

### **E. 2.3**

Azienda elettrica ticinese (AET) (Gesuchsgegnerin) 42 Gemäss Artikel 4 Absatz 3 LA-LAEI in Verbindung mit dem Anhang RLA-LAEI, der im Kanton Tessin die Netzbetreiber und die entsprechenden Versorgungsgebiete bezeichnet, ist die Gesuchsgegnerin Netzbetreiberin des besonderen Versorgungsgebiets «rete Alptransit». In einem an den Gesuchsteller 1 gerichteten Schreiben vom 29. November 2013 bestätigt die Gesuchsgegnerin selbst, dass sie Netzbetreiberin im Bauareal der AlpTransit AG ist (siehe act. 2, Beilage 9). Die Gesuchsgegnerin beliefert derzeit die Gesuchsteller 2 mit elektrischer Energie (siehe act. 2, Beilage 3). 43 Als Netzbetreiberin hat die Gesuchsgegnerin ebenfalls ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Klärung der Frage, ob die Gesuchsteller 2 Anspruch auf Netzzugang haben. 44 Die Gesuchsgegnerin hat somit ebenfalls Parteistellung im vorliegenden Verfahren.

### **E. 2.4**

AlpTransit Gotthard AG (Verfahrensbeteiligte) 45 Auf Antrag der Gesuchsgegnerin (vgl. act. 13, Antrag A) wurde die Verfahrensbeteiligte in das vorliegende Verfahren miteinbezogen (act. 15). Mit Eingabe vom 31. Juli 2014 legt die Verfahrensbeteiligte dar, dass sie ohne Weiteres Parteistellung habe (act. 27, Abschnitt II), stellte ihre Parteistellung in ihrem Schreiben vom 13. Oktober 2014 jedoch in Frage (act. 48). Die Gesuchsteller verneinten eine Parteistellung der Verfahrensbeteiligten mit der Begründung, betreffend Netzzugang hätten nur Netzbetreiber, Endkunde und Stromlieferant Parteistellung (act. 18, Rz. 3). 46 Als Vertragspartei des Energielieferungsvertrages mit der Gesuchsgegnerin, der in Bezug auf die Frage des Vorliegens eines schriftlichen, individuell ausgehandelten Energielieferungsvertrages im Sinne von Artikel 11 Absatz 2 StromVV relevant ist (vgl. Kapitel

5.5), kann der Verfahrensbeteiligten die Parteieigenschaft vorliegend nicht abgesprochen werden. Wird der Netzzugang gewährt, hat dies unmittelbare Auswirkungen auf den Energieliefervertrag. 47 Die Verfahrensbeteiligte hat somit ebenfalls Parteistellung im vorliegenden Verfahren. Der Antrag der Gesuchsteller, der Verfahrensbeteiligten im vorliegenden Verfahren keine Parteistellung einzuräumen (act. 37, Antrag 1), ist entsprechend abzuweisen.

12/27

### **E. 3**

Rechtliches Gehör

#### **E. 3.1**

Im Allgemeinen 48 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Es gab einen dreifachen Schriftenwechsel, im Rahmen dessen die Parteien ihre Argumente darlegen konnten. Die verschiedenen Eingaben der Parteien wurden den übrigen Parteien jeweils zur Stellungnahme unterbreitet. Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die diesen zugrunde liegenden Argumente werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wurde das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

#### **E. 3.2**

Beweisantrag der AlpTransit Gotthard AG 49 Die Verfahrensbeteiligten stellt den Antrag, die Verfahrensakten seien dem Bundesamt für Verkehr (BAV) zur Stellungnahme zu unterbreiten (act. 27, Antrag A; act. 35, Abschnitt II; act. 50, S. 17). In ihrer Eingabe vom 13. Oktober 2014 bekräftigt sie diesen Antrag und ergänzt ihn dahingehend, dass die Verfahrensakten auch dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) zur Stellungnahme zu unterbreiten seien (act. 50, Antrag A). Die Verfahrensbeteiligte begründet ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass das BAV bzw. das UVEK die Aufsichtsbehörde über das Eisenbahngesetz (Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 [EBG; SR 742.101]) sei, das in seinem Artikel 18 vorschreibe, dass das Plangenehmigungsgesuch alle Anlagen zu umfassen habe, welche für den Bau und den Betrieb einer Eisenbahnanlage erforderlich sind. Zur Eisenbahnanlage gehörten (gemäss Artikel 18 Absatz 6 EBG) auch die mit dem Bau und dem Betrieb zusammenhängenden Erschliessungsanlagen und Installationsplätze sowie die Standorte für die Verwertung und Ablagerung von Ausbruch- und Aushubmaterial, die in einem engen räumlichen und funktionalen Zusammenhang mit der geplanten Anlage stünden. Die Verfahrensbeteiligte müsse im Rahmen des ihr im Zusammenhang mit der NEAT erteilten öffentlichen Auftrags die Stromversorgung der AlpTransit-Baustelle in jedem Zeitpunkt garantieren (act. 27, Abschnitt IV, A, Ziff. 19). 50 Zum Beweisantrag der Verfahrensbeteiligten äussern sich die Gesuchsteller in ihrer Eingabe vom 10. September 2014. Darin führen sie aus, dass eine Anhörung und Verfahrensbeteiligung des BAV jeder Grundlage entbehre. Auch in der Annahme dass das BAV der ElCom Weisungen erteilen dürfe, könnte es keinen Beitrag für die Entscheidung in der Sache liefern, zumal alle entscheidungsrelevanten Elemente bereits vorlägen (act. 37, Rz. 29 ff.). Die Plangenehmigung des UVEK bzw. BAV schränke den Anspruch auf Netzzugang ferner nicht ein. Auch sei die Plangenehmigungsverfügung am 23. Oktober 2005 erlassen worden, das heisst zu einer Zeit als das StromVG noch nicht in Kraft war. Selbst wenn die Verfahrensbeteiligte gestützt auf die Plangenehmigung eine gewisse Verantwortung in Bezug auf die elektrische

Infrastruktur tragen würde, bliebe die freie Wahl des Stromlieferanten nach StromVG für Grossverbraucher davon unberührt (act. 37, Rz. 93 ff.). 51 Gemäss Artikel 33 Absatz 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Tauglich ist ein Beweismittel, wenn es geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen. Nicht Gegenstand des Beweises sind demgegenüber unerhebliche Tatsachen sowie Rechtsfragen. Die Behörde ermittelt die voraussichtliche Beweiskraft anhand einer Prognose (BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL in: BERNHARD WALDMANN/PHILIPPE WEISSENBERGER (Hrsg.), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 14 ff. zu Art. 33). Auch kann die Behörde von der Beweisabnahme absehen, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt bereits hinreichend geklärt ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt die Behörde in antizipierter Beweiswürdigung, wonach von weiteren Beweisvorkehren absehen kann, wenn sie aufgrund der bereits erhobe-

13/27

nen Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und annehmen kann, dass diese durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde. Dies ist auch im Sinne der Prozessökonomie (WALDMANN/BICKEL, Rz. 21 ff. zu Art. 33). 52 Die Parteien haben im vorliegenden Verfahren zahlreichen Eingaben gemacht sowie Unterlagen eingereicht, aufgrund derer die ElCom den rechtserheblichen Sachverhalt ausreichend ermitteln konnte. Es ist davon auszugehen, dass ein Beizug des BAV bzw. UVEK in das vorliegende Verfahren den rechtserheblichen Sachverhalt sowie das Ergebnis nicht zu beeinflussen vermag. Es mag zutreffen, dass die Verfahrensbeteiligte aufgrund des ihr übertragenen öffentlichen Auftrags insofern für die Ausführung des NEAT-Projekts verantwortlich ist, als sie die dazu notwendige (elektrische) Infrastruktur bereitstellt bzw. dafür sorgt, dass diese funktionstüchtig bleibt. Es ist aber davon auszugehen, dass die Verfahrensbeteiligte in Bezug auf die Beschaffung der elektrischen Energie nie einer (aufsichts-)rechtlichen Vorgabe unterlag. Spätestens mit Inkrafttreten des StromVG dürfte sie jedenfalls keiner solchen Vorgabe mehr unterliegen. 53 Der Beweisantrag der Verfahrensbeteiligten ist deshalb abzuweisen.

#### **E. 4**

Verfahrenssprache 54 Gemäss Artikel 33a VwVG wird das Verfahren in der Regel in der Sprache geführt, in der die Parteien ihre Begehren gestellt haben oder stellen würden. Die Behörde hat bei der Wahl der Verfahrenssprache einen gewissen Ermessensspielraum. Bei der Wahl der Verfahrenssprache sind die Waffengleichheit und die konkreten Interessen zu berücksichtigen (siehe KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich 2013, N 595). 55 Das ursprüngliche Gesuch vom 3. Dezember 2013 ist in deutscher Sprache verfasst. Auch hat der Gesuchsteller 1 die Korrespondenz jeweils in deutscher Sprache an die Gesuchsgegnerin gerichtet. Die Gesuchsgegnerin hat dem Gesuchsteller 1 jeweils auf Italienisch geantwortet und ihre Stellungnahmen im Verfahren auf Italienisch eingereicht. Die Gesuchsgegnerin verfügt offensichtlich über genügend passive Kenntnisse der deutschen Sprache, um ihre Interessen im vorliegenden Verfahren wahrzunehmen. 56 Gleiches gilt in Bezug auf die Verfahrensbeteiligte, die auf die in deutscher Sprache verfasste Korrespondenz des Gesuchstellers 1 auf Italienisch geantwortet und ihre Stellungnahmen im Verfahren ebenfalls auf Italienisch eingereicht hat (siehe act. 2, Beilagen 1-3 zu Beilage 7). 57 Der Gesuchsgegnerin und der Verfahrensbeteiligten stand

frei, sich im vorliegenden Verfahren in italienischer Sprache – gemäss Artikel 70 Absatz 1 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) offizielle Amtssprache – an die ElCom zu wenden (siehe auch KÖLZ/HÄNER, N 596). Beide haben im Rahmen des rechtlichen Gehörs von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. 58 Da die Waffengleichheit gewahrt bleibt, wird das vorliegende Verfahren auf Deutsch geführt.

14/27

## **E. 5**

Voraussetzungen für die Gewährung des Netzzugangs

### **E. 5.1**

Im Allgemeinen 59 Gemäss Artikel 11 Absatz 2 StromVV können Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh (vgl. Art. 6 Abs. 2 und 6 StromVG), die nicht bereits Elektrizität gestützt auf einen schriftlichen, individuell ausgehandelten Liefervertrag beziehen, dem Betreiber des Verteilnetzes in ihrem Netzgebiet jeweils bis zum 31. Oktober mitteilen, dass sie von ihrem Anspruch auf Netzzugang ab. 1 Januar des folgenden Jahres Gebrauch machen. Massgebend für den Anspruch auf Netzzugang von Endverbrauchern ist gemäss Artikel 11 Absatz 1 StromVV der innerhalb der letzten 12 Monate vor der letzten Ablesung ausgewiesene Jahresverbrauch. Als Jahresverbrauch gilt die Summe der vom Endverbraucher pro Verbrauchsstätte und Jahr bezogenen elektrischen Energie und der selbst erzeugten elektrischen Energie. Eine Verbrauchsstätte ist eine Betriebsstätte eines Endverbrauchers, die eine wirtschaftliche und örtliche Einheit bildet und einen tatsächlichen eigenen Jahresverbrauch aufweist, unabhängig davon, ob sie über einen oder mehrere Ein- bzw. Ausspeisepunkte verfügt. 60 Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann der Netzbetreiber den Netzzugang nur noch verweigern, wenn er nachweist, dass mindestens eine der Bedingungen von Artikel 13 Absatz 2 StromVG erfüllt ist.

### **E. 5.2**

Frist für Gesuch um Netzzugang (31. Oktober) 61 Der Gesuchsteller 1 hat mit vom 17. August 2013 datierten Schreiben (recte: 17. Oktober 2013) ein Gesuch um Netzzugang per 1. Januar 2014 gegenüber der Gesuchsgegnerin gestellt (act. 2, Beilage 5). Die Gesuchsgegnerin verweigerte fristgerecht den Netzzugang mit Schreiben vom 24. Oktober 2013 (act. 2, Beilage 6). Dass die Gesuchsgegnerin Netzbetreiberin im betroffenen Versorgungsgebiet ist und damit Adressatin eines Gesuchs um Netzzugang sein muss, wurde bereits ausgeführt (vgl. Rz. 42). 62 In der Folge ersuchte der Gesuchsteller 1 mit Schreiben vom 25. Oktober 2013 die Verfahrensbeteiligte um Netzzugang (act. 2, Beilage 10). Die Verfahrensbeteiligte teilte dem Gesuchsteller 1 mit Schreiben vom 31. Oktober 2013 mit, dass sie nicht Netzbetreiber sondern Kunde der Gesuchsgegnerin sei (act. 2, Beilage 1 zu Beilage 8). 63 Es steht somit fest, dass die in Artikel 11 Absatz 2 StromVV vorgesehene Frist (31. Oktober) vorliegend eingehalten wurde.

### **E. 5.3**

Verweigerungsgründe gemäss Artikel 13 Absatz 2 StromVG 64 Vorliegend macht keine Partei das Vorliegen eines Verweigerungsgrundes gemäss Artikel 13 Absatz 2 StromVG geltend. Auch aus den Akten ergeben sich keine Hinweise, dass solche Verweigerungsgründe vorliegen.

### **E. 5.4**

Verbrauchsstätte

#### **E. 5.4.1**

Allgemeines 65 Eine Verbrauchsstätte ist gemäss Artikel 11 Absatz 2 StromVV eine Betriebsstätte eines End- verbrauchers, die eine wirtschaftliche und örtliche Einheit bildet und einen tatsächlichen eige-

15/27

nen Jahresverbrauch aufweist, unabhängig davon, ob sie über einen oder mehrere Ein- bzw. Ausspeisepunkte verfügt.

#### **E. 5.4.2**

Wirtschaftliche Einheit 66 Der Gesetzgeber hat nicht näher definiert, was unter einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 StromVV zu verstehen ist. Es handelt sich um einen unbestimmten Rechts- begriff, der durch Auslegung zu konkretisieren ist (vgl. BGE 133 III 493, E. 1.1; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, § 3, Rz. 75 ff.). 67 Gemäss erläuterndem Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007 zur Stromver- sorgungsverordnung (nachfolgend «erläuternder Bericht StromVV») liegt eine wirtschaftliche Einheit vor bei einem Unternehmen mit rechtlich eigenständigen Strukturen (eigene Rechtspersönlichkeit). Ein loser Zusammenschluss verschiedener Unternehmen zum Zwecke des Einkaufs von Elektrizität (Bündelkunden) genügt nicht (erläuternder Bericht StromVV, Kommentar zu Artikel 4 Absatz 1, S. 7; vgl. auch WEBER ROLF H./KRATZ BRIGITTA, Stromversorgungsrecht: Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009, § 4, Rz. 46, S. 48 ff.). 68 Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber vermeiden, dass sich verschiedene Endverbrau- cher, die für sich allein den Mindestverbrauch von 100 MWh nicht erreichen, zusammenschlies- sen (sog. Bündelung oder Pooling), um diese gesetzliche Schwelle zu umgehen. Der Mindest- verbrauch bezweckt zum einen, die Marktöffnung in zwei Etappen nicht dadurch zu vereiteln, dass grosszügig Netzzugang gewährt wird. Zum anderen soll vermieden werden, dass Endver- braucher komplizierte Strukturen schaffen, die für den Netzbetreiber nicht oder nur mit grossem Aufwand umsetzbar sind und damit hohe Kosten verursachen, die den Netzbetreiber bzw. letzt- lich die Gesamtheit der Endverbraucher belasten (vgl. AB 2006 N 1754 f., AB 2007 N 166). 69 Vorliegend stellt sich die Frage, ob der Gesuchsteller 2 eine wirtschaftliche Einheit im Sinne von Artikel 11 Absatz 2 StromVV darstellt. Die Gesuchsteller führen an, beim Gesuchsteller 2 hand- le es sich um eine einfache Gesellschaft im Sinne von Artikel 530 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220) (act. 7, Rz. 4). Gesellschafter sind gemäss Arbeitsgemein- schaftsvertrag (ARGE-Vertrag) vom 1. Juni 2007 (Stand 18. Juni 2012) die Neue Agir AG (seit Juni 2013 «Agir AG»; siehe Schweizerisches Handelsamtsblatt SHAB vom 28.06.2013, Mel- dungs-Nummer 945615), die Agir Aggregat AG und die Ennio Ferrari SA (act. 7, Beilage 8, Ziff. 1.3.1). Beim Gesuchsteller 2 handelt es sich somit nicht um ein Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit (vgl. Rz. 67), was im Lichte des erläuternden Berichts (vgl. Rz. 67) auf den ersten Blick grundsätzlich gegen die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit spricht. Bei den Gesellschaftern handelt es sich um Aktiengesellschaften im Sinne von Artikel 620 ff. OR. Kör- perschaftlich organisierte Personenverbindungen erlangen mit Eintrag im

Handelsregister das Persönlichkeitsrecht und damit grundsätzlich die Rechts- und Handlungsfähigkeit (siehe Art. 643 OR sowie Art. 52 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]). 70 Ob das Vorliegen einer eigenen Rechtspersönlichkeit für den Netzzugang eine absolut zwingende Voraussetzung ist, muss jedoch näher geprüft werden. Gemäss Artikel 1 Absatz 1 StromVG bezweckt das StromVG unter anderem, die Voraussetzungen für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu schaffen. In diesem Lichte lässt sich eine zu strikte Interpretation der Voraussetzungen für den Netzzugang nicht rechtfertigen (vgl. Verfügung der ECom 233-00011 vom 17. Oktober 2013, Rz. 65). Auch verwendet Artikel 11 Absatz 2 StromVV den Begriff «eigene Rechtspersönlichkeit» nicht, sondern lässt mit dem Begriff «wirtschaftliche Einheit» offen, was darunter genau zu verstehen ist.

16/27

71 Der von den Gesuchstellern eingereichte ARGE-Vertrag datiert vom 1. Juni 2007 (act. 7, Beilagen 7 und 8). Unter Ziffer 1.2 des ARGE-Vertrags «Zweck/Bauprojekt» erscheint die AlpTransit Gotthardo SA als Bauherrin, der «Objektbeschreibung» wird mit «Materialbewirtschaftung Ceneri Tunnel Los 813» angegeben und unter «Auftrag gemäss Dokument» wird auf einen Werkvertrag vom 6. Juni 2007 verwiesen. Der Zweck der ARGE findet auch in den allgemeinen Bestimmungen (Ziffer 13 ff. ARGE-Vertrag) Erwähnung, ohne für den vorliegenden Zweck massgeblich präzisiert zu werden. Der animus societatis des Gesuchstellers 2 bezweckt somit die Erfüllung des mit der Verfahrensbeteiligten eingegangenen Werkvertrags. Dieser Werkvertrag wurde von den gleichen Unternehmen unterzeichnet, welche die einfache Gesellschaft bilden (vgl. act. 27, Beilage C). 72 Gemäss erläuterndem Bericht StromVV stellt ein loser Zusammenschluss verschiedener Unternehmen zum Zwecke des Einkaufs von Elektrizität keine wirtschaftliche Einheit dar (vgl. Rz. 68). Ein Zusammenschluss von Unternehmen mit dem einzigen Zweck, die Voraussetzungen für den Netzzugang – insbesondere die Schwelle von 100 MWh durch Bündelung der einzelnen Verbräuche zu erreichen – zu erfüllen, liegt vorliegend in Bezug auf den Gesuchsteller 2 aufgrund der Umschreibung des Gesellschaftszweckes nicht vor. Das Gegenteil wurde im Rahmen des Verfahrens auch von keiner Partei geltend gemacht. Der Zusammenschluss zu einer ARGE erfolgte ausserdem auch nicht mit dem Teilzweck, gemeinsam die Schwelle von 100 MWh zu erreichen. Davon ist im ARGE-Vertrag nirgends die Rede. 73 Auch kann vorliegend nicht von einem losen Zusammenschluss von Unternehmen die Rede sein (vgl. Rz. 70). Eine einfache Gesellschaft besitzt zwar keine eigene Rechtspersönlichkeit. Daraus kann jedoch nicht ohne Weiteres auf eine lose – das heisst lockere, nicht feste oder gar unverbindliche – Gemeinschaft geschlossen werden. Ziffer 31 des ARGE-Vertrags enthält Regeln über die Auflösung und Beendigung der ARGE. Gemäss Ziffer 31.1 wird die ARGE aufgelöst, ■ wenn die Abnahme des Bauwerks erfolgt und der Zweck der ARGE erreicht, bzw. dessen Erreichung unmöglich geworden ist; ■ wenn dies die Gesellschafter einstimmig beschliessen, unter Vorbehalt der Rechte des Bauherrn und weiterer Dritter; ■ durch Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die ARGE allenfalls eingegangen worden ist. Allenfalls ergänzend dazu kommen die gesetzlichen Auflösungsgründe gemäss Artikel 545 OR. Im ARGE-Vertrag nicht vorgesehen sind «einfache» Auflösungsgründe wie zum Beispiel die einseitige Kündigungsmöglichkeit eines Gesellschafters (vgl. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR). Aufgrund der Regelungen im Innenverhältnis kann die ARGE somit nicht ohne Weiteres aufgelöst werden. 74 Die wirtschaftliche Einheit definiert sich ferner grundsätzlich

unabhängig von den äusseren Gegebenheiten. Die Tatsache, dass der Gesuchsteller 2 seine Leistungen nicht im eigenen Namen sondern im Auftrag der Verfahrensbeteiligten sowie in Absprache mit anderen Unternehmen und Konsortien im Rahmen eines einzigen Werks erbringt, ist für die Frage der wirtschaftlichen Einheit nicht massgeblich. Auch die Frage, ob der Gesuchsteller 2 vorliegend Endverbraucher im Sinne der Stromversorgungsgesetzgebung ist, ist unabhängig von der Frage, ob eine wirtschaftliche Einheit vorliegt, zu beurteilen (siehe zu den Vorbringen der Gesuchsgegnerin unter anderem die Stellungnahme vom 2. Mai 2013, act. 13, S. 18 f.). Gleiches gilt auch in Bezug auf die Frage, wie autonom der Gesuchsteller 2 im Rahmen der eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen handeln darf (siehe zu den Vorbringen der Verfahrensbeteiligten unter anderem die Stellungnahme vom 31. Juli 2014, act. 27, Abschnitt B, Ziff. 3, S. 8).

17/27

75 Aufgrund des Gesellschaftszwecks und der inneren Strukturen der Gesuchsteller 2 ist somit von einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne von Artikel 11 Absatz 2 StromVV auszugehen.

### **E. 5.4.3**

Örtliche Einheit 76 Das Kriterium der örtlichen Einheit verlangt, dass die zu einer Verbrauchsstätte gehörenden Gebäude und Anlagen in räumlicher Nachbarschaft liegen. Darunter fallen auch Industriekomplexe, die auf einem grösseren Areal verteilt sind. Nicht darunter fallen hingegen beispielsweise verschiedene Filialen eines Grossverteilers, auch wenn sie im gleichen Netzgebiet liegen (erläuternder Bericht StromVV, Kommentar zu Art. 4, S. 7; WEBER/KRATZ, § 4, Rz. 46, S. 49). 77 Die Gesuchsteller machen geltend, die betroffene Verbrauchsstätte befinde sich auf der Baustelle Deponie Ceneri Tunnel Los 813. Die Baustelle beanspruche mehrere aneinander angrenzende Grundstücke. Die Arbeitsprozesse erstreckten sich über mehrere Parzellen, die mehrheitlich der Verfahrensbeteiligten gehörten. Einige Parzelle seien mit gleichlautenden Verfügungsbeschränkungen zu Gunsten der Verfahrensbeteiligten belegt, die verhinderten, dass örtliche Gegebenheiten von Dritten geändert werden können. Ebenso sei eine Drittnutzung der Grundstücke ausgeschlossen. Die Baustelle sei zudem für eine Dauer von mehreren Jahren angelegt, womit es sich nicht um eine klassische Baustelle handle (act. 7, Rz. 23 ff.; act. 18, Rz. 45 ff.; act. 37, Rz. 73 ff.). 78 Die Gesuchsgegnerin bringt hingegen vor, dass der Gesuchsteller 2 lediglich Auftragnehmer auf einer bestimmten Baustelle sei, womit sich der Gesuchsteller 2 nicht von anderen Auftragnehmern unterscheide. Ausdehnung und Dauer der Baustelle seien ferner keine gültigen Unterscheidungsmerkmale. Die Aktivität des Gesuchstellers 2 sei zeitlich und qualitativ beschränkt. Der Gesuchsteller 2 erbringe spezifische, beschränkte Leistungen im Rahmen der Erstellung eines öffentlichen Werks. Besagte Leistungen seien gemäss Vorgaben und unter der Leitung der Verfahrensbeteiligten zu erbringen. Die Baustelle der Verfahrensbeteiligten als Ganzes stelle deshalb die örtliche Einheit dar. Ausserdem werde das Baustellenareal nicht ausschliesslich vom Gesuchsteller 2 sondern auch von weiteren ausführenden Unternehmen verwendet. Die Aktivitäten des Gesuchstellers 2 seien unauflösbar mit den Aktivitäten der übrigen Auftragnehmer verknüpft (act. 13, S. 17 f.; act. 29, S. 20 f., «ad b. ad örtliche Einheit»). 79 Der Gesuchsteller 2 betreibt gemäss eigenen Aussagen auf den Parzellen 488, 504 und 506 Lagersilos und eine Zementfabrik, die sich auf der Baustelle Deponie Ceneri Tunnel Los 813 befinden (act. 7, Rz. 23). Der Gesuchsteller 2 bezieht seine Elektrizität bei der Transformatorstation FIS (GM) Nr. 2.

Es handelt sich dabei um einen Mittelspannungsanschluss mit der Messstelle [...] sowie um einem Niederspannungsanschluss mit der Messstelle [...] (act. 7, Bei- lagen 15-17). Der Ausspeisepunkt befindet sich auf der Parzelle 731. Die Transformatorenstati- on sowie die obigen Messstellen befinden sich hingegen auf der Parzelle 488 (act. 7, Rz. 23 am Ende). 80 Gemäss Auszügen aus dem Grundbuch (act. 7, Beilage 10) betragen die Gesamtflächen der vom Gesuchsteller 2 (teil-)genutzten Parzellen 16 509 m<sup>2</sup> (Parzelle 731), 20'026 m<sup>2</sup> (Parzelle 488), 1526 m<sup>2</sup> (Parzelle 504) und 5513 m<sup>2</sup> (Parzelle 506). Dem Auszug aus dem SIT (Sistema d'informazione del territorio) des Kantons Tessin (act. 7, Beilage 11) lässt sich entnehmen, dass die Parzellen 488, 504, 506 und 731 unmittelbar aneinander grenzen. Gemäss erläuterndem Bericht StromVV können auch Industriekomplexe, die auf einem grösseren Areal verteilt sind, eine örtliche Einheit bilden (vgl. Rz. 76). Dies muss deshalb umso mehr für unmittelbar angren- zende Parzellen gelten, auch wenn sie sich über ein mehr oder weniger grosses Areal erstre- cken.

18/27

81 Die Gesuchsgegnerin macht geltend, dass nicht einzelne Parzellen, sondern die gesamte Bau- stelle der Verfahrensbeteiligten als eine örtliche Einheit anzusehen sei (vgl. Rz. 78). Diesem Argument kann nicht gefolgt werden. Zum einen ist nicht ersichtlich, inwiefern das Los 813 als Teil der NEAT-Baustelle keine örtliche Einheit bilden kann, wenn die gesamte NEAT-Baustelle eine örtliche Einheit darstellen kann. Zum anderen ist zu beachten, dass die Stromversor- gungsgesetzgebung zwar eine Bündelung der Verbräuche zur Erreichung des Mindestver- brauchs von 100 MWh verbietet. Sie erlaubt hingegen im Grundsatz die Auftrennung einer Ver- brauchsstätte in einzelne Verbrauchsstätten (unter dem Vorbehalt von Artikel 23 Absatz 1 zweiter Satz StromVV, wonach jeder Ein- bzw. Ausspeisepunkt einer einzigen Bilanzgruppe zu- geordnet werden muss, sowie des Rechtsmissbrauchs), sei es, um sich bei verschiedenen Energielieferanten zu versorgen, sei es, um nur mit einem Teil in den freien Markt zu gehen (vgl. dazu im Detail Mitteilung der ElCom vom 28. November 2013, abrufbar unter: [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) ■ Dokumentation ■ Mitteilungen ■ Mitteilungen 2013). Auch wenn vor- liegend die verschiedenen Parzellen von unterschiedlichen Unternehmen genutzt werden, ist die Ausgangslage zumindest in Bezug auf die Frage der örtlichen Einheit durchaus vergleich- bar. 82 Aufgrund des Gesagten liegt somit in Bezug auf die vom Gesuchsteller 2 genutzten Parzellen 488, 504, 506 und 731 eine örtliche Einheit im Sinne von Artikel 11 Absatz 2 StromVV vor.

#### **E. 5.4.4**

Jahresverbrauch von  $\geq 100$  MWh 83 Gemäss Artikel 11 Absatz 2 StromVV ist für den Anspruch auf Netzzugang von Endverbrau- chern der innerhalb der letzten 12 Monate vor der letzten Ablesung ausgewiesene Jahresver- brauch massgebend. Als Jahresverbrauch gilt die Summe der vom Endverbraucher pro Ver- brauchsstätte und Jahr bezogenen sowie selbst erzeugten elektrischen Energie. 84 Der Jahresverbrauch für die Messstellen [...] und [...] lag gemäss Gesuchsteller 2 im Jahr 2012 bei [...] MWh und im Jahr 2013 bei [...] MWh (act. 7, Rz. 20). Der Gesuchsteller 2 hat für das Jahr 2013 je eine Stromrechnung betreffend den Monat April 2013 eingereicht, die für die Messstelle [...] einen Verbrauch von rund [...] MWh und für die Messstelle [...] einen Verbrauch von rund [...] MWh ausweist (vgl. act. 7, Beilagen 16 und 17). Eine Hochrechnung aufgrund dieser Stromrechnungen ergibt für beide Messstellen einen Jahresverbrauch, der weit über 100 MWh liegt. 85 Der Gesuchsteller 2 hat jedenfalls auch weitere Stromrechnungen für das Jahr 2013 sowie für das Jahr 2014 eingereicht, die einen Stromverbrauch von über 100

MWh nachweisen (act. 37, Beilage 31). 86 Der jährliche Mindestverbrauch von 100 MWh wurde somit in Bezug auf die Messstellen [...] und [...] für den vorliegend massgeblichen Zeitraum erreicht.

#### **E. 5.4.5**

Endverbraucher und eigener Jahresverbrauch 87 Gemäss Artikel 11 Absatz 2 StromVV wird ein tatsächlicher «eigener» Jahresverbrauch für den Anspruch auf Netzzugang vorausgesetzt. Es handelt sich hier zusammen mit dem Begriff der wirtschaftlichen und örtlichen Einheit um eine Präzisierung des Bündelungsverbots. Was im Übrigen unter «eigen» zu verstehen ist, lässt sich dem Wortlaut der Bestimmung nicht entnehmen. 88 Massgeblich ist jedenfalls ausschliesslich die Elektrizitätsmenge, welche ein Endverbraucher bezüglich einer bestimmten Verbrauchsstätte für sich selbst verbraucht. Hingegen sprechen

19/27

mehrere Ein- bzw. Ausspeisepunkte nicht an sich gegen die Annahme eines eigenen Verbrauchs. 89 Von «eigenem Verbrauch» ist bereits in Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b StromVG die Rede, der den Begriff des Endverbrauchers im Sinne des StromVG definiert. Danach sind Endverbraucher Kunden, welche Elektrizität für den eigenen Verbrauch kaufen. Eine Definition, was genau unter «eigen» zu verstehen ist, enthält auch diese Bestimmung nicht. 90 Gesuchsgegnerin und Verfahrensbeteiligte machen geltend, der Gesuchsteller 2 weise in Bezug auf sein Los nicht die Eigenschaft eines Endverbrauchers auf. Eigentlicher Endverbraucher sei die Verfahrensbeteiligte für die gesamte NEAT-Baustelle. Ausserdem sei der Gesuchsteller 2 kein Endverbraucher in der Grundversorgung. 91 Die Verfahrensbeteiligte müsse jederzeit die Stromversorgung für die Realisierung des Ceneri-Tunnels sicherstellen. Zu diesem Zweck seien seit den 90er-Jahren die verschiedenen Messpunkte im Verteilnetz – darunter auch die vorliegend betroffenen Messpunkte [...] und [...] – im Auftrag und nach Vorgabe der Verfahrensbeteiligten erstellt worden. Aus demselben Grund bestehe auch nur ein Stromversorger. 92 Ausserdem trage die Verfahrensbeteiligte die Stromkosten, da sie gestützt auf den Vertrag mit der Gesuchsgegnerin zur Zahlung verpflichtet sei, falls die Konsortien nicht zahlten. Dieser Umstand unterstreiche die Tatsache, dass die Verfahrensbeteiligte eigentlicher Endverbraucher sei (act. 13, S. 10; act. 27, Abschnitt III, Ziff. 3; act. 27, Abschnitt A, Ziff. 8 ff.; act. 27, Abschnitt B, Ziff. 11; act. 29, 31 und 48). 93 Gemäss Ausschreibungsunterlagen für das Los 813 ist die Verfahrensbeteiligte verpflichtet, dem Auftragnehmer (d.h. dem Gesuchsteller 2) den Mittelspannungs- und Niederspannungsanschluss sowie die Verbindungskabel ab Transformatorstation zur Verfügung zu stellen. Der Stromverbrauch, der durch die Gesuchsgegnerin erfolgt, geht hingegen zu Lasten des Auftragnehmers. Die Gesuchsgegnerin stellt dem Auftragnehmer zudem direkt Rechnung (act. 27, Beilage F, Positionen 541.100 und 541.110). Letzteres ist auch aus den in den Akten vorhandenen Stromrechnungen der Gesuchsgegnerin ersichtlich, die als Rechnungsempfänger den Gesuchsteller 2 aufweisen (act. 7, Beilagen 16 und 17; act. 13, Beilage 11; act. 37, Beilage 31). 94 Auch gestützt auf die Vereinbarung zwischen den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) als Besteller (bzw. der Verfahrensbeteiligten als Rechtsnachfolgerin) und der Gesuchsgegnerin als Energielieferant vom 16. Mai 1997 erfolgt die Energieverrechnung monatlich durch die Gesuchsgegnerin im Auftrag der Verfahrensbeteiligten direkt an die Bauunternehmungen. Gemäss dieser Vereinbarung kann die Gesuchsgegnerin auf die Verfahrensbeteiligte bei Zahlungsunfähigkeit einer

Unternehmung, nach zweifacher Mahnung und Ablauf aller üblichen Fristen, Re- gress nehmen (act. 13, Beilage 9, S. 6; act. 49, Beilagen). 95 In diesem Lichte ist die Aussage der Verfahrensbeteiligten, wonach sie nicht nur für den Ener- giepreis bürgt sondern die Energiekosten vollumfänglich trägt, nur teilweise richtig (vgl. act. 27, Abschnitt B, Ziff. 11; act. 59, S. 5). Tatsächlich ist nämlich der Gesuchsteller 2 Schuldner des von ihm verbrauchten Stroms (d.h. ausschliesslich des Energieanteils). SDL, KEV-Zuschlag, Abgabe für den Fisch- und Gewässerschutz sowie kantonale Abgaben und Leistungen werden hingegen von der Gesuchsgegnerin der Verfahrensbeteiligten in Rechnung gestellt (vgl. act. 13, Beilagen 13 und 14). 96 Aufgrund des Gesagten kauft der Gesuchsteller 2 die Elektrizität zum Betrieb seiner Anlagen auf dem Los 813 zur Erfüllung seiner werkvertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Ge-

20/27

suchsgegnerin benötigt. Er ist Endverbraucher und es liegt ein eigener Verbrauch des Gesuch- stellers 2 vor.

### **E. 5.5**

Fehlen eines schriftlichen, individuell ausgehandelten Energieliefer- vertrages, Endverbraucher in der Grundversorgung 97 Gemäss Artikel 11 Absatz 2 StromVV haben Endverbraucher, die bereits Elektrizität gestützt auf einen schriftlichen, individuell ausgehandelten Liefervertrag beziehen, keinen Anspruch auf Netzzugang. 98 Zwischen den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) als Besteller (die Verfahrensbeteiligte ist bei ihrer Gründung an Stelle der SBB in diese Verträge eingetreten, vgl. act. 48, S. 3) und der Gesuchsgegnerin als Energielieferant besteht eine Vereinbarung «für die Lieferung der Baus- tromenergie für den Abschnitt Süd und Gotthard-Basistunnel im Versorgungsgebiet der AET» vom 16. Mai 1997 (act. 13, Beilage 9; act. 49). Darin wurde unter anderem eine Liefer- und Be- zugspflicht vereinbart (Ziffer 8 der Vereinbarung). Zu dieser Vereinbarung existieren ein Nach- trag Nr. 1 vom 20. April 2004 (act. 13, Beilage 9a; act. 49), ein Nachtrag Nr. 2 gültig ab 1. Januar 2009 (act. 13, Beilage 9b; act. 49), ein Nachtrag Nr. 3 ebenfalls gültig ab 1. Januar 2009 (act. 13, Beilage 9c; act. 49) sowie ein Nachtrag Nr. 4 gültig ab 1. Januar 2014 (act. 13, Beilage 9d; act. 49). Diese Nachträge berühren die Liefer- und Bezugspflicht zwischen der Ge- suchsgegnerin und der Verfahrensbeteiligten nicht. 99 Zwischen dem Gesuchsteller 2 und der Verfahrensbeteiligten besteht ein Werkvertrag, der vom 11. Juni 2007 datiert (vgl. act. 27, Beilage C). Im Werkvertrag werden verschiedene Anhänge zu Bestandteilen des Werkvertrags erhoben. Darunter befindet sich unter dem Titel «Elemento del contratto III (documentazione ATG)» auch Anhang IIIA (vgl. act. 27, Beilage C, Ziff. 2.1.3). Anhang IIIA enthält besondere Bestimmungen («disposizioni particolari») in Bezug auf das im Los 813 auszuführende Werk. Position 541.100 des Anhangs IIIA legt fest, dass die Gesuchs- gegnerin zwingender Energielieferant für die auszuführenden Arbeiten ist. Unter Position 541.110 des Anhangs IIIA ist festgehalten, dass sich die Energietarife für sämtliche Lose der AlpTransit-Baustelle nach dem zwischen der Gesuchsgegnerin und der Verfahrensbeteiligten abgeschlossenen Vertrag richten. Der Stromverbrauch geht zu Lasten des Gesuchstellers 2 und die Rechnungsstellung erfolgt direkt an die Gesuchsteller 2 (vgl. Rz. 93). 100 Die Gesuchsteller machen geltend, dass die Verbrauchsstätte des Gesuchstellers 2 nicht Ge- genstand eines Vertrages mit der Verfahrensbeteiligten sei. Jedenfalls könne es sich nicht um einen individuell ausgehandelten Liefervertrag im Sinne von Artikel 11 Absatz 2 StromVV han- deln, der für den Gesuchsteller 2 verbindlich wäre. Der Werkvertrag zwischen dem Gesuchstel- ler 2 und

der Verfahrensbeteiligten sei am 16. November 2007, das heisst vor Inkrafttreten des StromVG, abgeschlossen worden. Der Werkvertrag enthalte keine eigentliche Bezugspflicht, sondern gebe lediglich einseitig erlassene Bezugsbedingungen und Tarife der Gesuchsgegnerin wieder. Die rechtlich massgebliche Elektrizitätsbezugs- und Netznutzungsvertragsbeziehung sei zwischen dem Gesuchsteller 2 und der Gesuchsgegnerin zustande gekommen. Entsprechend sei der Gesuchsteller 2 Rechnungsempfänger auf den Rechnungen der Gesuchsgegnerin. Es handle sich dabei um einen für die Zeit vor Inkrafttreten des StromVG typischen Grundversorgungsvertrag, welcher den Gesuchsteller 2 gemäss Urteil des Bundesgerichts vom 6. Juli 2011 im Verfahren 2C\_739/2010 in Sachen Stahl Gerlafingen nicht daran hindern könne, vom Netzzugang Gebrauch zu machen (act. 7, Rz. 32 ff.). 101 Dem entgegenen Gesuchsgegnerin und Verfahrensbeteiligten im Wesentlichen, dass der Gesuchsteller 2 schon deshalb kein Endverbraucher in der Grundversorgung sei, weil sämtliche Ein- bzw. Ausspeisepunkte – einschliesslich der vorliegend betroffenen Messpunkte [...] und

21/27

[...] – auf der Baustelle AlpTransit in die Zuständigkeit der Verfahrensbeteiligten fallen. Letztere habe mit der Gesuchsgegnerin sowohl die notwendigen Netznutzungs- als auch die individuellen Energielieferverträge, die regelmässig auch an die gesetzlichen Gegebenheiten angepasst wurden, abgeschlossen. Aus diesem Grund erfolge die Energielieferung durch die Gesuchsgegnerin auch nicht in der Grundversorgung. Ausserdem publiziere die Gesuchsgegnerin keine Elektrizitätstarife, zumal sie keine Kunden in der Grundversorgung beliefe (act. 13, S. 10 f.; act. 27, S. 12 f.; act. 29, S. 24 f.; act. 50, S. 15 f.; act. 51, S.25; act. 58 und 56). 102 Gemäss Artikel 30 Absatz 1 StromVV sind Bestimmungen von bestehenden Verträgen, die gegen die Vorschriften über den Netzzugang oder das Netznutzungsentgelt verstossen, ungültig. Diese Bestimmung war als Artikel 26 Absatz 1 in ähnlicher Form bereits im Vernehmlassungsentwurf zur StromVV vom 27. Juni 2007 enthalten. Der erläuternde Bericht führt dazu aus, dass Verträge oder einzelne Vertragsbestimmungen, die den Regeln über den Netzzugang oder das Netznutzungsentgelt widersprechen, das StromVG unterlaufen und daher ihre Gültigkeit verlieren würden. Er hält aber auch fest, dass Stromlieferungsverträge von dieser Bestimmung nicht tangiert würden (erläuternder Bericht StromVV, Kommentar zu Artikel 26 Absatz 1, S. 20). 103 Zur Frage der Gültigkeit vorbestehender Vertragsverhältnisse führte bereits die Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004 (BBl 2005 1611; nachfolgend «Botschaft StromVG») aus, dass in Bezug auf langfristige Stromlieferungsverträge grundsätzlich die Privatautonomie gelte. Es bestehe somit bei Inkrafttreten des StromVG weder eine vorzeitige Beendigung der bestehenden Verträge von Gesetzes wegen noch ein vorzeitiges Kündigungsrecht (Botschaft StromVG, S. 1677). 104 Gemäss dem oben erwähnten Urteil des Bundesgerichts (vgl. Rz. 100 am Ende) dürfen Rechtshandlungen unter altem Recht nicht ohne Weiteres mit gleichen Rechtswirkungen verbunden werden wie neurechtliche, vor allem wenn die Rechtshandlungen schon Jahre zurückliegen. Rechtshandlungen dürfen grundsätzlich nur mit Rechtswirkungen verbunden werden, mit denen die Betroffenen damals auch rechnen mussten und konnten, zumal damals das rechtliche Umfeld ein anderes war (Urteil des Bundesgerichts vom 6. Juli 2011 im Verfahren 2C\_739/2010, E. 4.6). 105 In Anwendung dieser Grundsätze hat die ElCom in ihrer vorsorglichen Verfügung 922-12-019 vom 14. Februar 2013 gestützt auf einer

summarischen Prüfung festgehalten, dass eine vertragliche Kündigungsfrist von einem Jahr per Ende eines Kalenderjahres in einem Energieliefervertrag aus dem Jahre 1983 gegen die Regeln über den Netzzugang verstosse. Dies sei insbesondere in Bezug auf die Vorschrift in Artikel 11 Absatz 2 StromVV der Fall, wonach die Endverbraucher ihrem Netzbetreiber jeweils bis zum 31. Oktober mitteilen können, dass sie von ihrem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch machen (Rz. 28 der Verfügung; abrufbar unter: [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Dokumentation > Verfügungen > Netzzugang / Netznutzung / Systemdienstleistungen). 106 Zunächst ist festzuhalten, dass ein direktes Vertragsverhältnis gestützt auf den oben genannten Energieliefervertrag nur zwischen der Gesuchsgegnerin und der Verfahrensbeteiligten besteht (vgl. Rz. 98). Zwischen dem Gesuchsteller 2 und der Gesuchsgegnerin besteht in Bezug auf die Energielieferung kein direktes Vertragsverhältnis und somit von vornherein kein individuell ausgehandelter Liefervertrag. Dies gilt umso mehr, als vorliegend die Endverbrauchereigenschaft des Gesuchstellers 2 bejaht wurde (vgl. Ziff. 5.4.5). Nachfolgend ist zu prüfen, ob der Werkvertrag zwischen dem Gesuchsteller 2 und der Verfahrensbeteiligten an dieser Einschätzung etwas zu ändern vermag. 107 Vorliegend nicht massgeblich ist, ob der Werkvertrag vom 16. November 2007 oder vom 19. November 2008 stammt (vgl. Rz. 99). Das StromVG wurde mit Verordnung des Bundesra-

22/27

tes über die teilweise Inkraftsetzung des Stromversorgungsgesetzes vom 28. November 2007 grösstenteils per 1. Januar 2008 in Kraft gesetzt (AS 2007 6827). Im November 2007 musste den Parteien das neue Gesetz und die mit ihm verbundene Möglichkeit für «Grossverbraucher», Netzzugang zu verlangen, somit ohne Weiteres bekannt sein. 108 Mit Abschluss des Werkvertrags mit der Verfahrensbeteiligten hat der Gesuchsteller 2 die zwischen der Gesuchsgegnerin und der Verfahrensbeteiligten ausgehandelten Bedingungen für die Energielieferung in Bezug auf seine Verbrauchsstätte (Los 813) übernommen (vgl. Rz. 99). Es ist jedoch fraglich, inwiefern der Gesuchsteller 2 Einfluss auf diese Bedingungen hatte bzw. anders lautende Bedingungen hätte verlangen können. Wie sich nachfolgend zeigen wird, kann diese Frage vorliegend offen gelassen werden. Denn auch in der Annahme, dass der Gesuchsteller 2 die Bedingungen des Energieliefervertrages zwischen der Gesuchsgegnerin und der Verfahrensbeteiligten nach freiem Willen akzeptiert hat und der Energieliefervertrag somit auf ihn anzuwenden wäre, wie wenn er diesen selbst direkt mit der Gesuchsgegnerin abgeschlossen hätte, ändert sich nichts am Umstand, dass kein individuell ausgehandelter Energieliefervertrag vorliegt. 109 Dies lässt sich insbesondere anhand der Aussagen der Verfahrensbeteiligten in ihrer Eingabe vom 13. Oktober 2014 feststellen (act. 48). Darin führt die Verfahrensbeteiligte in Beantwortung der vom Fachsekretariat gestellten Fragen zum Energieliefervertrag Folgendes aus: ■ Die Energielieferverträge wurden jeweils mit den bestehenden örtlichen Energiewerken abgeschlossen (Antwort auf Frage 1). ■ Für die Energielieferung für die NEAT-Baustelle erfolgte keine öffentliche Ausschreibung, damit das Konkurrenzverbot, das in den Konzessionsverträgen mit den Elektrizitätswerken festgelegt war, eingehalten wird (Antwort auf Frage 2). ■ Die Verfahrensbeteiligte hat an den Energielieferverträgen bis heute festgehalten und auf eine Neuausschreibung verzichtet (Antwort auf Frage 3). 110 Aufgrund dieser Umstände ist nicht ersichtlich und wird von der Verfahrensbeteiligten nicht näher dargelegt, inwiefern der Energieliefervertrag in Bezug auf den Energiepreis individuell ausgehandelt wurde. Die Verfahrensbeteiligte behauptet, die Nachträge zum

Energieliefervertrag seien im Rahmen des freien Wettbewerbs ausgehandelt worden, ohne diese jedoch näher dar- zulegen oder nachzuweisen. Diese Aussage ist auch im Lichte der Tatsache, dass sämtliche Nachträge zum Energieliefervertrag den Preis für die Energie nicht zum Gegenstand haben (vgl. Rz. 98), nicht nachvollziehbar. 111 An dieser Einschätzung vermag auch nichts zu ändern, dass die Gesuchsgegnerin für die Energie keine Tarife in der Grundversorgung publiziert (vgl. Rz. 101).

#### **E. 6**

Fazit 112 Aufgrund der obigen Ausführungen haben die Gesuchsteller 2 bzw. hat das Konsortium in Bezug auf die Verbrauchsstätte Deponie Ceneri Tunnel in 6527 Lodrino mit den Messstellen [...] und [...] für den eigenen Verbrauch Anspruch auf Netzzugang. Die entsprechenden Voraussetzungen waren bereits im Zeitpunkt des ursprünglichen Gesuchs um Netzzugang vom 17. Oktober 2013 (vgl. act. 2, Beilage 5) erfüllt. Der Netzzugang per 1. Januar 2014 wurde deshalb von der Gesuchsgegnerin zu Unrecht verweigert.

23/27

#### **E. 7**

Entzug der aufschiebenden Wirkung 113 Die Gesuchsgegnerin macht im Wesentlichen geltend, der Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertige sich weder aus dem Blickwinkel des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils noch aus anderen Gründen. Die Energielieferung seitens der Gesuchsgegnerin erfolge seit Jahre gestützt auf einen individuell ausgehandelten Energieliefervertrag (act. 13, S. «Ad VI; act. 29, S. 28, «Ad F»). Die Verfahrensbeteiligte beantragt die Abweisung der Anträge der Gesuchsteller (vgl. act. 27 und 47). 114 Die Beschwerde gegen eine Verfügung hat grundsätzlich von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Hat die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand, so kann die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen (Art. 55 Abs. 2 VwVG). 115 Eine Verfügung hat eine Geldleistung zum Gegenstand, wenn die Adressaten zur Bezahlung einer Geldleistung verpflichtet werden (REGINA KIENER, in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 55 N 19). 116 Die vorliegende Verfügung hat – neben dem Antrag um Schadenersatz, auf den vorliegend nicht eingetreten wird – nicht eine Geldleistung zum Gegenstand, sondern die Frage, ob die Gesuchsteller 2 bzw. das Konsortium Anspruch auf Netzzugang gemäss Artikel 11 StromVV haben. 117 Darüber hinaus müssen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung im konkreten Fall überzeugende Gründe vorliegen, welche die sofortige Wirksamkeit der Verfügung rechtfertigen. Solche Gründe können sich aus privaten und öffentlichen Interessen ergeben (REGINA KIENER, Art. 55 N 15). Zwar vermögen nicht nur ganz aussergewöhnliche Umstände den Entzug der aufschiebenden Wirkung zu rechtfertigen. Unter den überzeugenden Gründen fallen aber insbesondere drohende schwere Nachteile (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 1076). Der Entzug der aufschiebenden Wirkung muss schliesslich verhältnismässig sein (REGINA KIENER, Art. 55, N 16). 118 Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände liegen vorliegend keine überzeugenden Gründe vor, um einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 1 des Dispositivs die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Nachdem der Netzzugang seit fast einem Jahr verweigert wird, ist nicht

ersichtlich und wird von den Gesuchstellern auch nicht näher dargelegt, inwiefern ein schwerer Nachteil droht, sollte die aufschiebende Wirkung nicht entzogen werden. 119 Einer allfälligen Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung nicht entzogen.

## **E. 8**

Gebühren 120 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). 121 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Fran-

24/27

ken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 180 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von [...] Franken. 122 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 Massgabe des Obsiegens und Unterliegens aufgeteilt. Dies entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der für zahlreiche kostenpflichtige staatliche Verfahren üblich ist (vgl. RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, Basel 2010, Rz. 971; BGE 132 II 47 E. 3.3). 123 Die Gesuchsteller sind mit ihren Anträgen im Wesentlichen durchgedrungen. Die Gesuchsgegnerin und die Verfahrensbeteiligten haben sich am Verfahren beteiligt und Anträge gestellt. Sie sind mit ihren Anträgen im Wesentlichen nicht durchgedrungen. Die Gebühren für das vorliegende Verfahren werden ihnen deshalb vollumfänglich und je zur Hälfte auferlegt. Sie haften für die gesamten Verfahrenskosten solidarisch (Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).

## **E. 9**

Die Verfügung wird den Elektrizitätswerken des Kantons Zürich (EKZ), dem Consorzio Comestei (Lotto 813), der Azienda elettrica ticinese (AET) und der AlpTransit Gotthard AG mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

26/27

Bern, 13.11.2014

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom Carlo Schmid-Sutter Präsident Renato Tami Geschäftsführer Versand: Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief: ■  
Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ), Dreikönigsstrasse 18, 8022 Zürich Consorzio Comestei (Lotto 813), c/o Ennio Ferrari SA, 6527 Lodrino beide vertreten durch RAe Dr. Stefan Rechsteiner, Dr. Roberto Peduzzi, VISCHER AG, Schützengasse 1, Postfach 1230, 8021 Zürich

■ Azienda elettrica ticinese (AET) SA, Viale Officina 10, 6501 Bellinzona vertreten durch RA Dr. Pietro Crespi, Viale Officina 6, 6500 Bellinzona ■ AlpTransit Gotthard AG, Zentralstrasse 5, 6003 Luzern

27/27

IV Rechtsmittelbelehrung Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, einzureichen. Die Frist steht still: a) vom 7. Tag vor Ostern bis und mit dem 7. Tag nach Ostern; b) vom 15. Juli bis und mit dem 15. August; c) vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 23 StromVG, 22a und 50 VwVG). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat (Art. 52 Abs. 1 VwVG).

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