

# **ELCOM verkauf-der-aktien-der-swissgrid-ag-vorkaufsrecht-gemaess-artikel-18-absatz-4-st--VcPXy vom 14. Oktober 2015**

ElCom, 2015-10-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom\\_verkauf-der-aktien-der-swissgrid-ag-vorkaufsrecht-gemaess-artikel-18-absatz-4-st--VcPXy](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_verkauf-der-aktien-der-swissgrid-ag-vorkaufsrecht-gemaess-artikel-18-absatz-4-st--VcPXy)

FR: ELCOM

verkauf-der-aktien-der-swissgrid-ag-vorkaufsrecht-gemaess-artikel-18-absatz-4-st--VcPXy du 14 octobre 2015

IT: ELCOM

verkauf-der-aktien-der-swissgrid-ag-vorkaufsrecht-gemaess-artikel-18-absatz-4-st--VcPXy del 14 ottobre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Formelles 24 Das Verfahren der ElCom richtet sich nach dem StromVG und nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021; vgl. Art. 1 VwVG). 25 Die Verfahrensvoraussetzungen umfassen alle Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die zur Diskussion stehenden materiellen Rechtsfragen beurteilt und mittels Verfügung entschieden werden können. Auch wenn ein Verwaltungsverfahren mittels Gesuch eingeleitet wird, prüft die Behörde die Verfahrensvoraussetzungen von Amtes wegen. Darunter fallen insbesondere die Zuständigkeit der Behörde und die Parteistellung der betroffenen Personen, d.h. Parteifähigkeit und Rechtsschutzinteresse. Neben der Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen trifft die Behörde im Einleitungsstadium prozessuale Vorkehren, die notwendig sind, um ein rechtmässiges und effizientes Verfahren sicherzustellen. Zu derartigen prozessualen Vorkehren gehört insbesondere die Anordnung vorsorglicher Massnahmen (KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2012, N 456 ff. u. 462).

#### **E. 1.1**

Zuständigkeit 26 Die Gesuchstellerin führte in ihrer Eingabe vom 8. September 2015 aus, dass gemäss Artikel 18 Absatz 3 StromVG [recte: Artikel 18 Absatz 4 StromVG] die Kantone, die Gemeinden und schweizerisch beherrschten Elektrizitätsversorgungsunternehmen ein Vorkaufsrecht an den Aktien der Netzgesellschaft haben. Die Statuten der Gesuchsgegnerin 1, welche nach dem Gesetz die Einzelheiten regeln sollten, würden dieses Vorkaufsrecht auf die direkt an der Gesellschaft beteiligten Kantone, Gemeinden und schweizerisch beherrschten Energieversorgungsunternehmen einschränken. Da die Statuten das Gesetz zu konkretisieren hätten, ändere sich an der öffentlich-rechtlichen Natur des gesetzlichen Vorkaufsrechts durch ihre statutarische Ausformung nichts. Deshalb sei die ElCom für die Auslegung des gesetzlichen bzw. statutarischen Vorkaufsrechts zuständig (act. 1, Rz. 3). Im Weiteren wird von der Gesuchstellerin unter anderem angeführt, dass die ElCom für Fragen der Entflechtung des Übertragungsnetzes und insbesondere für Fragen der Struktur des Aktionariats der Gesuchsgegnerin 1 zuständig sei. Dies auch deshalb, weil in Artikel 18 Absatz 3 StromVG

die schweizerische Beherrschung vorgeschrieben werde. Diese Beherrschung müsse schweizweit repräsentativ ausgestaltet werden, wie Artikel 18 Absatz 8 und 9 StromVG aufzeige. Da sodann der Betrieb des Übertragungsnetzes eine staatliche Aufgabe sei, könne es keine Rolle spielen, dass die Übertragungsnetzbetreiberin als privatrechtliche Aktiengesellschaft organisiert sei (act. 1, Rz. 30 f.). 27 Alsdann führt die Gesuchstellerin an, dass sich die Kompetenz der ElCom vorliegend aufgrund des öffentlich-rechtlichen StromVG ergebe. Das Gesuch der Gesuchstellerin richte sich im Wesentlichen darauf, dass die ElCom ihre Aufsichtspflicht im Sinne des Gesetzes ausübe. Die Aufsichtspflicht würde sich auf sämtliche Entscheide des Verwaltungsrates der Gesuchsgegnerin 1 erstrecken, welche sich auf die gesetzlichen Regelungen zur schweizerischen Beherrschung und zur repräsentativen Verteilung der Regionen beziehen. Dazu gehöre insbesondere auch das Vorkaufsrecht gemäss Artikel 18 Absatz 4 StromVG bzw. Artikel 5 Absatz 3 der Statuten der Gesuchsgegnerin 1. Das Vorkaufsrecht gemäss Artikel 18 Absatz 4 StromVG sei öffentlich-rechtlicher Natur. Dementsprechend liege es in der Kompetenz der ElCom, über das gesetzliche Vorkaufsrecht und dessen statutarische Konkretisierung zu entscheiden und entsprechende Massnahmen zu ergreifen. Darüber hinaus habe die Feststellung, wonach kein gesetzliches bzw. statutarisches Vorkaufsrecht bestehe, unmittelbare Auswirkungen auf die zivilrechtliche Gültigkeit eines vertraglichen Vorkaufsrechts – welches zu Lasten der gesetzlich vorkaufsberechtigten

10/24

Westschweizer Kantone ausgestaltet worden sei. Der Inhalt von privatrechtlichen Verträgen könne gemäss Artikel 19 Absatz 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220) nur in den Schranken des Gesetzes beliebig vereinbart werden. Im Weiteren wird von der Gesuchstellerin angemerkt, dass die ElCom sich mit dem Zivilrichter in Bezug auf die vorsorglichen Massnahmen koordinieren könne (act. 1, Rz. 32 ff.). 28 Die Zuständigkeit der ElCom in vorliegender Angelegenheit wird sowohl von der Gesuchsgegnerin 1 (act. 10, Rz. 9 ff.) als auch von den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 (act. 12, Rz. 29 ff.) sowie der Gesuchsgegnerin 4 (act. 11, Rz. 4 ff.) im Rahmen der eingereichten Stellungnahmen bestritten. 29 Die Gesuchsgegnerin 1 führt in ihrer Stellungnahme vom 23. September 2015 zur Zuständigkeit der ElCom an, dass der vorliegende Streitgegenstand sowohl zivilrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Fragen aufwerfe. In einer solchen Situation sei zu klären, ob die Zivilgerichte oder die Verwaltungsbehörden sachlich zuständig seien. Für die Festlegung des zuständigen Gerichts sei es dabei massgeblich, welche Frage die Hauptfrage darstelle. Zu qualifizieren sei dies aufgrund des durch die Anträge umrissenen Streitgegenstandes. Sei die Hauptfrage zivilrechtlich, sei das Zivilgericht für die Beurteilung der zivilrechtlichen Hauptfrage und die vorfrageweise Beurteilung der öffentlich-rechtlichen Vorfrage zuständig. Im vorliegenden Fall sei die Hauptfrage des Streitgegenstandes zivilrechtlicher Natur. So betreffe der Hauptantrag der Gesuchstellerin die Übertragung von Aktien und damit einen zivilrechtlichen Gegenstand. Die Gesuchstellerin leite ihren Anspruch auf die Übertragung der Aktien aus dem Aktienkaufvertrag mit den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 ab. Die Gesuchsgegnerin 4 leite ihren Anspruch aus einem Aktionärsbindungsvertrag ab. Im Kern gehe es mithin um die Auslegung von zwei zivilrechtlichen Verträgen im Zusammenhang mit einer gesellschaftsrechtlichen Transaktion. Sowohl für die Frage, welche Vorgänge als Vorkaufsfall zu qualifizieren seien als auch für die Frage, ob die Gesuchsgegnerin 4 vom

Kanton Bern beherrscht werde, müssten die Swissgrid-Statuten ausgelegt werden. Die Statuten einer privatrechtlichen Gesellschaft seien zivilrechtlicher Natur. Für die Anwendung der statutarischen Vinkulierungsbestimmungen, welche die Bestimmungen von Artikel 18 Absatz 3 und 4 StromVG umsetzen würden, sei eindeutig der Verwaltungsrat der Swissgrid zuständig. Soweit es dabei um die Frage der Gesetzeskonformität der Swissgrid-Statuten mit dem StromVG gehe, sei aufgrund der Genehmigungspflicht der Swissgrid-Statuten durch den Bundesrat (Art. 19 Abs. 1 StromVG) in jedem Fall nicht die ElCom zuständig. Die Gesuchsgegnerin stellt in diesem Zusammenhang ferner einen Verfahrens Antrag, wonach das Verfahren zunächst auf die Frage der Zuständigkeit der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom zu beschränken sei. Zur Zuständigkeit für das vorliegende Verfahren sei ein anfechtbarer Entscheid zu erlassen (act. 10, Rz. 9 ff.). 30 Die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 führen in ihrer Eingabe vom 24. September 2015 an, die ElCom sei nicht zuständig für die Beurteilung von privatrechtlichen Ansprüchen. Dies gelte auch für vor- sorgliche Massnahmen. So richte sich das Gesuch der Gesuchstellerin denn im Wesentlichen auch nicht darauf, dass die ElCom ihre Aufsichtspflicht im Sinne des Gesetzes ausübe. Insbesondere sei der von der Gesuchstellerin angerufene Artikel 18 Absatz 4 StromVG vorliegend bedeutungslos. Die Ansprüche der Gesuchstellerin würden sich auf den Aktienkaufvertrag mit den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 stützen. Die Ansprüche seien somit privatrechtlicher Natur. Alsdann habe die Gesuchstellerin das ihr angeblich zustehende gesetzliche bzw. statutarische Vorkaufsrecht nicht ausgeübt. Die Gesuchstellerin ziehe zwar Artikel 18 Absatz 4 StromVG heran, ihre Ansprüche würden sich jedoch einzig auf den privatrechtlichen Aktienkaufvertrag stützen, habe sie doch kein Vorkaufsrecht ausgeübt (act. 12, Rz. 33 ff.). 31 Alsdann legen die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 dar, dass die Gesuchsgegnerin 4 nach Auffassung der Gesuchsgegnerin 1 gesetzlich bzw. statutarisch nicht vorkaufsberechtigt sei. Das Vor-

11/24

kaufsrecht der Gesuchsgegnerin 4 sei aber zusätzlich auch auf Artikel 4.4.3 des Swissgrid-Gesellschaftsvertrages abgestützt. Dieses Vorkaufsrecht sei ebenfalls privatrechtlicher Natur. In diesem Zusammenhang wird von den Gesuchsgegnerinnen 3 und 4 erwähnt, dass eine von Gesetz und Statuten abweichende Vorkaufsregelung allenfalls problematisch sein könne, wenn dadurch der Zweck der gesetzlichen Vorkaufsregelung vereitelt würde. Im vorliegenden Fall habe aber kein gesetzlich oder statutarisch Vorkaufsberechtigter das Vorkaufsrecht gültig ausgeübt. Es bestehe demnach auch kein Widerspruch, womit von der Nichtigkeit des von der Gesuchstellerin 4 ausgeübten vertraglichen Vorkaufrechts nicht die Rede sein könne. Schliesslich wird von den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 ins Feld geführt, dass die Argumente, welche die Gesuchstellerin gestützt auf das Stromversorgungsrecht vorbringe, von vornherein nicht einschlägig seien und eine Zuständigkeit der ElCom nicht zu begründen vermögen. So sei eine Konzentration im Swissgrid-Aktionariat stromversorgungsrechtlich unbedenklich, auch sei die Übertragung von Namenaktien der Klasse A der Gesuchsgegnerin 1 an die Gesuchsgegnerin 4 nach Artikel 18 Absatz 3 StromVG und Artikel 5 Absatz 2 der Swissgrid-Statuten zulässig (act. 12, Rz. 38 ff.). 32 Die Gesuchsgegnerin 4 bringt in ihrer Stellungnahme vom 23. September 2015 vor, dass ihre Vorkaufsrechte auf dem Swissgrid-Gesellschaftsvertrag vom Dezember 2004 basieren würden, den die an der Gründung der Swissgrid beteiligten Übertragungsnetzbetreiber abgeschlossen hätten. Das

in Frage stehende Rechtsverhältnis sei folglich zivilrechtlicher Natur. Zwar nehme die Gesuchsgegnerin 4 für sich zwar auch ein statutarisches bzw. gesetzliches Vorkaufsrecht in Anspruch, dies sei ihr aber von der Gesuchsgegnerin 1 aberkannt worden und könne folglich auch nicht Verfahrensgegenstand sein. Im Zusammenhang mit der statutarischen bzw. gesetzlichen Vorkaufsrechtsregelung sei zudem zu berücksichtigen, dass Artikel 18 Absatz 4 StromVG ausdrücklich nach einer statutarischen Konkretisierung verlange. Die gesetzlichen Regelungen seien damit nicht abschliessend, sondern müssten privatrechtlich umgesetzt werden. Selbst wenn die gesetzlichen bzw. statutarischen Vorkaufsregelungen zum Verfahrensgegenstand erhoben würden, würde damit keine öffentlich-rechtliche, sondern eine zivilrechtliche Streitigkeit vorliegen (act. 11, Rz. 4 ff.).<sup>33</sup> Sodann weist die Gesuchsgegnerin 4 darauf hin, dass sie mit Eingaben vom 5. August 2015 sowohl beim Richteramt Gösgen als auch beim Handelsgericht des Kantons Aargau um Erlass von superprovisorischer Massnahmen ersucht habe. Mit Verfügung vom 5. August 2015 seien sowohl das Richteramt Olten-Gösgen als auch das Handelsgericht Aargau auf die Gesuche eingetreten und hätten der Alpiq Gruppe und der Gesuchsgegnerin 1 gestützt auf die Vorkaufsrechte der Gesuchsgegnerin 4 den Verkauf und die Übertragung von Swissgrid-Aktien superprovisorisch verboten. Zudem habe auch die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 8. September 2015 ein Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen beim Handelsgericht Aargau eingereicht. Das Handelsgericht sei darauf ebenfalls eingetreten, hätte es aber mangels Rechtsanspruch abgewiesen. Mit Einreichung dieser Gesuche sei Rechtshängigkeit begründet worden. Es sei der Gesuchstellerin damit verwehrt, gleichzeitig dieselbe Streitsache vor eine andere, öffentlich-rechtliche Behörde zu tragen. Die Verfahren vor den Zivilgerichten seien weiterhin hängig und müssten von den gesuchstellenden Parteien fristgerecht prosequiert werden (act. 11, Rz. 11 ff.).<sup>34</sup> Die ElCom überwacht die Einhaltung des StromVG, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des StromVG und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind (Art. 22 Abs. 1 StromVG). Artikel 22 StromVG regelt damit u.a. die Aufsichts-, Verfügungs- und Entscheidkompetenz der ElCom. Artikel 22 Absatz 1 überträgt der ElCom eine umfassende Kompetenz zur Überwachung der Einhaltung des StromVG und der Ausführungsbestimmungen. Sie trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, welche für den Vollzug des StromVG und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Es handelt sich dabei um eine weit gefasste Aufgaben- und Kompetenznorm. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist die ElCom überall dort zuständig, wo die Entscheidungs- und Verfügungskompetenz nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten ist (subsidiäre Generalkompetenz; Botschaft StromVG, S. 1661). Die umfassende

12/24

Kompetenz ermächtigt die ElCom, Rechtsfragen im Bereich des StromVG und seiner Ausführungsbestimmungen zu beantworten (vgl. zur Zuständigkeit der ElCom auch Urteil A-4797/2011 des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Februar 2012, E. 8).<sup>35</sup> Die ElCom überwacht sodann auch die Entwicklung der Elektrizitätsmärkte im Hinblick auf eine sichere und erschwingliche Versorgung in allen Landesteilen. Sie überprüft zu diesem Zweck insbesondere den Zustand und Unterhalt des Übertragungsnetzes sowie die regionale Ausgewogenheit der Investitionen der nationalen Netzgesellschaft. So ist die ElCom insoweit für die Überwachung der sicheren und erschwinglichen Versorgung zuständig (vgl. auch Art. 22 Abs. 3 StromVG), als Vorschriften des StromVG und der Ausführungsbestimmungen betroffen sind. Zuständig für den sicheren Netzbetrieb ist

unter anderem die nationale Netzgesellschaft (Art. 20 StromVG). 36 Die rechtliche Struktur und Organisation der nationalen Netzgesellschaft wurde in Artikel 18 StromVG geregelt. Bei der Netzgesellschaft soll es sich um eine unabhängige, privatrechtlich organisierte Aktiengesellschaft handeln (vgl. Art. 18 Abs. 1 StromVG; Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005, S. 1661, nachfolgend: Botschaft StromVG). Artikel 18 StromVG liegt die Überzeugung zugrunde, dass der sichere Betrieb der Netze ein zentrales Element einer funktionierenden Stromversorgung darstellt, die damalige Struktur im schweizerischen Übertragungsnetz, mit mehreren rechtlich selbständigen Überlandwerken als Betreiber mehrerer Regelzonen, jedoch den veränderten Anforderungen nicht mehr zu genügen vermochte (Botschaft StromVG, S. 1658). In diesem Zusammenhang wurden flankierende Regelungen statuiert, die vorwiegend der Wahrung der Unabhängigkeit der Netzgesellschaft dienen sollen (vgl. Votum Martin Bäumle, Amtl. Bull. 2005 N 1026). Artikel 18 Absatz 4 StromVG statuiert in diesem Sinne ein Vorkaufsrecht an den Aktien der nationalen Netzgesellschaft zugunsten der Kantone, Gemeinden und schweizerisch beherrschten Elektrizitätsversorgungsunternehmen. 37 Die ElCom hat die Einhaltung dieser Bestimmungen dem Gesagten nach im Rahmen ihrer Vollzugskompetenz (Art. 22 Abs. 1 StromVG) sowie ihrer allgemeinen Aufsichtspflicht über die nationale Netzgesellschaft gemäss Artikel 20 Absatz 3 i.V.m. Artikel 20 Absatz 1 StromVG zu überwachen. Bei der Kontrolle der nationalen Netzgesellschaft hat die ElCom im Rahmen ihrer Aufsicht über den Vollzug des StromVG zu prüfen, ob die gesetzlichen Vorgaben respektiert werden oder nicht. Mithin ist die ElCom zuständig für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen, sofern die vorsorglichen Massnahmen der Einhaltung des StromVG dienen. Stehen hingegen in erster Linie privatrechtliche Ansprüche zur Diskussion, so ist der zivilrechtliche Weg zu beschreiten (vgl. dazu auch Verfügung der Wettbewerbskommission vom 25. Januar 2010 betreffend 22-0389: KK-DMIF II, Rz. 43 ff.). 38 Verfahrensgegenstand sind vorliegend im Zusammenhang mit einer Übertragung von Aktien der Swissgrid AG der Geltungsbereich sowie die Einhaltung von Artikel 18 Absatz 4 StromVG. Gemäss dem Wortlaut von Artikel 18 Absatz 4 StromVG haben die Kantone, die Gemeinden und schweizerisch beherrschte Elektrizitätsversorgungsunternehmen ein Vorkaufsrecht an den Aktien der Netzgesellschaft, wobei die Statuten der Netzgesellschaft die Einzelheiten regeln. Gemäss Artikel 18 Absatz 3 StromVG hat die Netzgesellschaft sicherzustellen, dass ihr Kapital und die damit verbundenen Stimmrechte direkt oder indirekt mehrheitliche Kantone und Gemeinden gehören. Die Bestimmung von Artikel 18 Absatz 4 StromVG bezweckt in Verbindung mit Artikel 18 Absatz 3 StromVG die Sicherstellung der schweizerischen Beherrschung und damit der Unabhängigkeit der nationalen Netzgesellschaft sowie der Versorgungssicherheit und betrifft somit einen zentralen Teil der Stromversorgungsgesetzgebung. Die vorsorglichen Massnahmen wurden mit dem Zweck beantragt, die Sicherstellung der Einhaltung der Gesetzesbestimmung von Artikel 18 Absatz 4 StromVG zu gewährleisten. Die Zuständigkeit der ElCom ist vorliegend gestützt auf eine summarische Prüfung somit gegeben.

13/24

39 Das vorliegende Verfahren wurde durch ein Gesuch eingeleitet. Verfahrensgegenstand bilden die der ElCom unterbreiteten Rechtsbegehren. Die Gesuchstellerin beantragt insbesondere die Feststellung, dass der Gesuchsgegnerin 4 kein gesetzliches bzw.

statutarisches Vorkaufsrecht im Zusammenhang mit dem Aktienkaufvertrag vom 28. Mai 2015 betreffend die Beteiligung an der Alpiq Grid Beteiligungs AG zwischen der Gesuchstellerin und den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 zukomme und stützt sich in ihrer Argumentation im Wesentlichen auf Artikel 18 Absatz 4 StromVG. Entgegen dem Vorbringen der Gesuchsgegnerin 1 betrifft damit der Hauptantrag der Gesuchstellerin nicht unmittelbar die Übertragung von Aktien und damit einen zivilrechtlichen Gegenstand. Vielmehr muss in der Hauptfrage unter anderem geklärt werden, wie Artikel 18 Absatz

## **E. 1.2**

Parteien und Rechtsschutzinteresse 44 Als Parteien gelten nach Artikel 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Die Parteistellung ist dabei notwendige Voraussetzung, um in einem öffentlichen Verfahren prozessuale Rechte zu haben. Aus der Parteistellung fliessen sodann nicht nur Rechte innerhalb eines Verfahrens, sondern auch das Recht auf ein Verfahren. Auf ein Gesuch um Einleitung eines Verwaltungsverfahrens tritt die Behörde folglich nicht ein, wenn der Gesuchsteller eine Voraussetzung der Parteistellung nicht erfüllt (KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, a.a.O., N 544 ff.).

14/24

45 Im öffentlichen Verfahren bestimmt das Rechtsschutzinteresse, ob jemand das Recht hat, an einem bestimmten Verfahren als Partei teilzunehmen. Ein Rechtsschutzinteresse haben gemäss Artikel 6 VwVG zunächst jene Personen, deren „Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll“. Der Ausdruck „berührt“ ist dabei in Zusammenhang mit der Beschwerdelegitimation nach Artikel 48 Absatz 1 VwVG zu sehen. Zur Beschwerde legitimiert ist gemäss Artikel 48 Absatz 1 VwVG, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Wer in diesem Sinne zur Beschwerde legitimiert ist, hat auch Parteistellung im erstinstanzlichen Verfügungsverfahren samt den damit verbundenen Parteipflichten und -rechten (Art. 13, 18, 26 ff. VwVG; BGE 129 II 286 E. 4.3.1 S. 292 f.; KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, a.a.O., N 549 ff.; vgl. BGE 130 II 521 E. 2.5 mit Verweis auf BGE 130 II 149 E. 3.3 sowie HUBER SAID/MARANTELLI-SONANINI VERA, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), VwVG - Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 6 N 19). 46 Schutzwürdige Interessen sind in erster Linie materielle oder ideelle Interessen, die ein gewisses Gewicht haben und deshalb von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannt sind. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dabei nicht erforderlich, dass das Interesse rechtlicher Natur ist. Vielmehr kann auch ein schutzwürdiges Interesse bestehen, wenn der Ausgang des Verfahrens die tatsächliche Situation einer Person beeinflusst, das Interesse mithin tatsächlicher Natur ist (BGE 133 II 400 E. 2.4.2; KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, a.a.O., N 1345). 47 Die Gesuchstellerin begründet ihre Parteistellung damit, dass sie ein besonderes Rechtsschutzinteresse im vorliegenden Verfahren habe, da die Vertretung der Romandie im Aktionariat der Swissgrid AG, welche offensichtlich von nationalem Interesse sei, auf dem Spiel stehe. Zudem habe das vorliegende Verfahren einen direkten Einfluss auf die vertraglich vereinbarte Transaktion. Schliesslich seien die finanziellen Interessen der Gesuchstellerin betroffen (act. 1, Rz. 37). Betreffend das gestellte Hauptbegehren führt die

Gesuchstellerin sodann und im Zusammenhang mit der von ihr aufgeworfenen Frage nach dem Verhältnis zwischen dem gesetzlichen und dem vertraglichen Vorkaufsrecht an, dass die Frage der Gültigkeit eines vertraglichen Vorkaufsrechts zwar grundsätzlich zivilrechtlicher Natur und dementsprechend auch vom Zivilrichter zu entscheiden sei. Die zivilrechtliche Gültigkeit hänge jedoch vorliegend insbesondere von der Auslegung der gesetzlichen Bestimmung zum Vorkaufsrecht ab. Dem entsprechend bestehe ein Feststellungsinteresse der Gesuchstellerin in Bezug auf die Auslegung und Tragweite des gesetzlichen Vorkaufsrechts und den in den Statuten der Gesuchsgegnerin 1 konkretisierten Regeln dazu (act. 1, Rz. 50 f.). 48 Die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 führen zum Rechtsschutzinteresse der Gesuchstellerin unter anderem an, dass sich das von der Gesuchsgegnerin 4 ausgeübte Vorkaufsrecht unter anderem auf eine vertragliche Grundlage stütze. Diese vertragliche Grundlage bestehe unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen gesetzlicher bzw. statutarischer Vorkaufsrechte der Gesuchsgegnerin 4. Auch wenn die von der Gesuchstellerin vertretene Auffassung mit Bezug auf gesetzliche bzw. statutarische Vorkaufsrechte korrekt wäre, stehe der Gesuchsgegnerin 4 ohnehin ein vertragliches Vorkaufsrecht zu. Die von der Gesuchstellerin aufgeworfenen Fragen rund um Artikel 18 StromVG seien deshalb von rein theoretischem Interesse. Die Gesuchstellerin habe deshalb kein schutzwürdiges Interesse an deren Beurteilung im vorliegenden Verfahren (act. 12, Rz. 57). 49 Die Gesuchsgegnerin 1 merkt an, dass es zumindest dem Feststellungsbegehren der Gesuchstellerin (vgl. act. 1, S. 2) im Verhältnis zu ihr am Rechtsschutzinteresse fehle. Dies, da die Gesuchsgegnerin 4 auch gemäss der Auffassung der Gesuchsgegnerin 1 nicht statutarisch vorkaufsberechtigt sei (act. 10, Rz. 12.2).

15/24

50 Ein schutzwürdiges Interesse der Gesuchstellerin an einer Klärung der Rechtslage gilt es grundsätzlich zu bejahen. Die Frage des Geltungsbereichs von Artikel 18 Absatz 4 StromVG hat vorliegend einen Einfluss auf die gemäss Aktienkaufvertrag zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin 2 sowie Gesuchsgegnerin 3 (vgl. act. 1, Beilage 7) vorgesehene Übertragung von Aktien an der Swissgrid AG. Die Frage des Geltungsbereichs kann damit vorliegend von Bedeutung dafür sein, auf welche Partei schlussendlich die Aktien der Swissgrid AG übertragen werden. Ob und inwiefern der Gesuchsgegnerin 4 ein vertragliches Vorkaufsrecht zukommt, ist in den angehobenen Zivilverfahren zu prüfen. Sodann hat die Gesuchstellerin zweifelsohne auch gewisse materielle, respektive auch finanzielle Interessen am Erlass der vorliegenden Verfügung. Die Gesuchstellerin ist materielle Verfügungsadressatin. Ihr kommt Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu. 51 Die Gesuchsgegnerin 1 respektive deren Verwaltungsrat ist gemäss dem Wortlaut von Artikel 18 Absatz 4 i.V.m. Artikel 18 Absatz 3 StromVG vordergründig für die Sicherstellung der Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen des StromVG zuständig. Sie ist damit von dieser Verfügung direkt betroffen, womit ihr im vorliegenden Verfahren Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zukommt. 52 Ebenfalls betroffen von der vorliegenden Verfügung sind in diesem Sinne auch die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3, welche als Verkäuferinnen der Anteile an der Alpiq Grid Beteiligungs AG und/oder der Aktien der Swissgrid AG auftreten und damit von der vorliegenden Verfügung in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen sind. 53 Sodann kommt auch der Gesuchsgegnerin 4 gemäss Artikel 6 VwVG Parteistellung zu, welche das von ihr geltend gemachte Vorkaufsrecht unter anderem auf Artikel 18 Absatz 4 StromVG abstützt. Die Gesuchsgegnerin 4 ist durch die vorliegende Verfügung als am Erwerb der Aktien

interessierte Gesellschaft ebenfalls betroffen. 2 Vorsorgliche Massnahme 2.1 Allgemeines 54 Das VwVG selbst sieht keine vorsorglichen Massnahmen im erstinstanzlichen Verfahren vor. Wie dargelegt, anerkennen Rechtsprechung und Lehre jedoch, dass in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten unter gewissen Umständen vorsorglicher Rechtsschutz zu gewähren ist (KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, N 562 f.). Im Übrigen wird auf das Geschäftsreglement der Elektrizitätskommission vom 12. September 2007 (Geschäftsreglement der ElCom; SR 734.74), Artikel 12 Absatz 1, verwiesen, welches den Erlass vorsorglicher Massnahmen durch die ElCom explizit vorsieht. 55 Mit sichernden Massnahmen wird gewährleistet, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Mit gestaltenden Massnahmen wird demgegenüber ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilig neu geregelt. Sie sollen den Sachentscheid umgekehrt jedoch weder präjudizieren noch illusorisch machen (BGE 127 II 132 E. 3). 56 Inhalt und Voraussetzungen von vorsorglichen Massnahmen ergeben sich aus dem materiellen Recht, dessen Durchsetzung die vorsorgliche Massnahme sichern soll (KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, a. a. O., N 562 f.).

16/24

57 Der Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen stützt sich aus Zeitgründen auf den Sachverhalt, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne darüber hinausgehende Erhebungen anzustellen (WALDMANN BERNHARD/BICKEL JÜRIG, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zürich 2009, Artikel 56 Rz. 66). 58 Voraussetzung für eine vorsorgliche Massnahme ist, dass ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil droht, also die Rechtsdurchsetzung gefährdet ist. Zudem muss zeitliche Dringlichkeit vorliegen. Die angeordnete Massnahme hat verhältnismässig zu sein und es sollte geprüft werden, ob die geplante Endverfügung voraussichtlich rechtens sein und durch die vorsorgliche Massnahmen nicht präjudiziert oder verunmöglicht wird. Die vorsorgliche Massnahme dient unter anderem dazu, bedrohte Interessen einstweilen sicher zu stellen (Art. 56 VwVG analog) und kann zum Entscheidungsprozess beitragen. Sie wird gestützt auf eine summarische Prüfung der Rechts- und Sachlage angeordnet (ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER / MARTIN BERTSCHI, a. a. O., N 559 ff.; BGE 127 II 132 ff. E. 3 mit weiteren Hinweisen). 2.2 Nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil 59 Der Verzicht auf Massnahmen muss für die Betroffenen einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken (siehe Urteil 2A\_142/2003 des Bundesgerichts vom 5. September 2003, E. 3.1). Dafür genügt ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse (BGE 130 II 149 E. 2.2). Das bedrohte und zu schützende Interesse kann ein öffentliches oder privates Interesse sein (Urteil B-860/2011 des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. September 2011, E. 4.3). Für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist entscheidend, ob der Nachteil in einem Hauptverfahren rückwirkend wieder gutzumachen wäre oder nicht (BGE 125 II 613 E. 4a). 60 Die Gesuchstellerin brachte in ihrer Eingabe vom 8. September 2015 vor, dass mit einer Genehmigung der Aktienübertragung auf die Gesuchsgegnerin 4 eine massgebliche Beteiligung der Westschweizer Kantone mittelfristig illusorisch werde. Die Gesuchstellerin könne ihren Anspruch auf Erwerb der Aktien gegenüber der Gesuchsgegnerin 4 kaum mehr durchsetzen. Zudem werde die Versorgungssicherheit durch die Interessenkonflikte der Aktionäre geschwächt (act. 1, Rz. 69 ff.). 61 Die Gesuchsgegnerin 4 führt in ihrer

Stellungnahme vom 23. September 2015 an, dass die Gesuchstellerin kein schutzwürdiges Interesse an den beantragten Massnahmen habe. So habe die Gesuchstellerin im Hauptverfahren ein Feststellungsbegehren gestellt, womit dieser aber nicht geholfen sei, denn aus einer blossen Feststellung könne diese kein Recht ableiten. Unter den vorsorglichen Massnahmen unterscheide man Sicherungs-, Leistungs- und Regelungsmassnahmen. Alle hätten gemeinsam, dass sie im Hinblick auf das Hauptsachenurteil eine vorläufige tatsächliche Ordnung schaffen sollen. Laute aber das Hauptsachenbegehren lediglich auf Feststellung eines Rechts, gebe es in tatsächlicher Hinsicht nichts vorläufig zu ordnen. Dabei sei erwähnt, dass die ElCom einzig die Verletzung des StromVG durch die Statuten der Gesuchsgegnerin 1 feststellen könne. Es bestehe keine gesetzliche Grundlage, um darüber hinausgehende Massnahmen anzuordnen. Für den Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin 1 seien ausschliesslich die in Kraft stehenden Statuten massgebend. Folglich bestehe keine Rechtsgrundlage, den Aktionären und/oder dem Verwaltungsrat die Übertragung zu verbieten. Im Weiteren bringt die Gesuchsgegnerin 4 vor, dass die Gesuchstellerin lediglich regionalpolitische Interessen verfolge (act. 11, Rz. 34). 62 Die Gesuchsgegnerin 1 legt in ihrer Stellungnahme vom 23. September 2015 dar, dass man mit der Gesuchstellerin übereingehe, dass die Gesuchsgegnerin 4 nicht als Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 ihrer Statuten zu qualifizieren sei und damit kein gültiges statutarisches Vorkaufsrecht geltend gemacht habe (act. 10, Rz. 12.2).

17/24

63 Artikel 18 Absatz 4 StromVG statuiert ein Vorkaufsrecht an den Aktien der nationalen Netzgesellschaft zugunsten der Kantone, Gemeinden und schweizerisch beherrschten Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Die Statuten der Netzgesellschaft sollen dabei die Einzelheiten regeln. Die Bestimmung von Artikel 18 Absatz 4 StromVG ist dabei im Zusammenhang mit Artikel 18 Absatz 3 StromVG zu betrachten. Artikel 18 Absatz 3 StromVG sieht vor, dass die Netzgesellschaft sicherstellen muss, dass ihr Kapital und die damit verbundenen Stimmrechte direkt oder indirekt mehrheitlich Kantonen und Gemeinden gehören. Die Bestimmung bezweckt im Wesentlichen die Sicherstellung der Unabhängigkeit der nationalen Netzgesellschaft und der Versorgungssicherheit. 64 Die Statuten einer Gesellschaft können sodann bestimmen, dass Namenaktien nur mit der Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen (vgl. Art. 685a OR). Unter Vorbehalt einer gegenteiligen Bestimmung in den Statuten ist der Verwaltungsrat für diesen Entscheid über die Anerkennung zuständig (BSK OR II-OERTLE/DU PASQUIER, Art. 685a, N 8). 65 Der Entscheid über die Anerkennung eines Aktienerwerbers stellt die Ausübung eines Gestaltungsrechtes durch die Gesellschaft dar und ist daher im Grundsatz unwiderruflich. Eine nachträgliche Streichung eines Aktionärs erlaubt Artikel 686a OR dann, wenn die Eintragung im Aktienbuch durch falsche Angaben des Erwerbers zustande gekommen ist. Ausserhalb von Artikel 686a OR bedarf eine Streichung ansonsten regelmässig der Zustimmung des betroffenen Aktionärs oder eines gerichtlichen Urteils. Vorzubehalten sind unter anderem die Konstellationen einer Umgehung von Vinkulierungsvorschriften. Lag zum Zeitpunkt der Anmeldung zur Eintragung bereits ein Sachverhalt vor, der als Umgehung zu würdigen ist, so können die Vinkulierungsbestimmungen nachträglich angerufen werden (BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, N 327 ff.). 66 Gemäss Artikel 18 Absatz 3 StromVG hat die Netzgesellschaft sicherzustellen, dass ihr Kapital und die damit verbundenen Stimmrechte direkt und

indirekt mehrheitlich den Kantonen und Gemeinden gehören. Dementsprechend ist in den Statuten der Gesuchsgegnerin 1 eine derartige Vinkulierung vorgesehen. 67 Die Gesuchsgegnerin 1 steht gemäss Artikel 18 Absatz 4 i.V.m. Artikel 18 Absatz 3 StromVG in der Pflicht, die Einhaltung der stromversorgungsrechtlichen Vorgaben sicherzustellen. Der Entscheid über die Anerkennung eines Aktionärs und der entsprechenden Eintragung ins Aktienbuch liegt bei der Gesuchsgegnerin 1. Grundsätzlich ist eine nachträgliche Korrektur eines Anerkennungs- respektive Eintragungsentscheides nicht einfach vorzunehmen. 68 Die Gesuchsgegnerin 1 legt jedoch in ihrer Stellungnahme vom 23. September 2015 ausdrücklich dar, dass man mit der Gesuchstellerin übereingehet, dass die Gesuchsgegnerin 4 nicht als Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 ihrer Statuten zu qualifizieren sei und damit kein gültiges statutarisches Vorkaufsrecht geltend gemacht habe. Dies teilte die Gesuchsgegnerin 1 der Gesuchsgegnerin 4 bereits in einem Schreiben vom 22. Juni 2015 mit (act. 12, Beilage 1). Die Gesuchsgegnerin 1 gibt damit zu verstehen, dass von ihr gestützt auf die Statuten, welche sich zweifelsohne im Rahmen des Gesetzes zu bewegen haben, vorliegend keine Aktienübertragung genehmigt und somit ins Aktienbuch eingetragen wird. Damit hat sie hinreichend glaubhaft gemacht, dass vorliegend keine unmittelbare Gefahr der Eintragung einer Aktienübertragung gestützt auf eine Rechtsgrundlage, welche in den Beurteilungsbereich der El-Com fällt, zu befürchten ist. Wie bereits dargelegt, obliegt die Beurteilung der Gültigkeit allfälliger privatrechtlicher Vorkaufsrechte und damit auch die Anordnung allfälliger vorsorglicher Massnahmen der Zivilgerichtsbarkeit. 69 Sodann weist die Gesuchsgegnerin 1 darauf hin, dass vorliegend kein statutarisch Vorkaufsberechtigter gültig das Vorkaufsrecht ausgeübt habe (act. 10, Rz. 7; vgl. auch act. 12, Beilage 7). In

18/24

diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass denn auch die Gesuchstellerin selbst kein Vorkaufsrecht gemäss Gesetz und/oder Statuten geltend gemacht hat. Die Gesuchstellerin beschränkt sich denn auch im vorliegenden Verfahren darauf auszuführen, dass sie grundsätzlich vorkaufsberechtigt wäre (act. 1, Rz. 39 ff.). Betreffend das Hauptverfahren stellt sie aber bisher im Wesentlichen ein Feststellungsbegehren, wonach die Gesuchsgegnerin 4 gemäss Statuten und Gesetz nicht vorkaufsberechtigt sei. 70 Nach dem Gesagten droht der Gesuchstellerin bezogen auf den vorliegenden Verfahrensgegenstand und die angehobene Hauptfrage, ob der Gesuchsgegnerin 4 ein gesetzliches oder statutarisches Vorkaufsrecht zukommt oder nicht, kein unmittelbar nicht wieder gutzumachender Nachteil. 2.3 Zeitliche Dringlichkeit 71 Dringlichkeit liegt vor, wenn es sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit als notwendig erweist, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen, weil sonst die Rechtsdurchsetzung gefährdet ist (SEILER HANSJÖRG, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 56 VwVG Rz. 58). 72 Die Gesuchstellerin begründet die Dringlichkeit damit, dass vorliegend davon ausgegangen werden müsse, dass der Abschluss des Kaufvertrages zwischen der Alpiq-Gruppe (resp. der Gesuchsgegnerin 2 und 3) sowie der Gesuchsgegnerin 4 mit der Ausübung des Vorkaufsrechts unmittelbar bevorstehe. Es sei zu befürchten, dass noch in dieser Woche ein Gesuch um Genehmigung der Transaktion beim Verwaltungsrat der Swissgrid AG deponiert werde. Dieser könne jederzeit über die Angelegenheit auf dem Zirkularweg befinden. Deshalb reiche die Zeit für eine vorgängige Anhörung der Parteien nicht aus. Der Erfolg des

vorliegenden Verwaltungsverfahren werde ohne sofortigen Rechtsschutz verunmöglicht, weshalb eine superprovisorische Anordnung der Verbote gegenüber der Swissgrid AG gerechtfertigt sei (act. 1, Rz. 75 ff.). 73 Wie bereits ausgeführt (vgl. Rz. 68), legte die Gesuchsgegnerin 1 in ihrer Stellungnahme vom 23. September 2015 ausdrücklich dar, dass man mit der Gesuchstellerin übereingehe, dass die Gesuchsgegnerin 4 nicht als Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 ihrer Statuten zu qualifizieren sei und damit kein gültiges statutarisches Vorkaufsrecht geltend gemacht habe. 74 Allfällige Bedenken der Gesuchstellerin (vgl. act. 1, Rz. 75 ff.) hätten sich damit vor allem auf die Ausübung privatrechtlicher Vorkaufsrechte zu beziehen. Die Beurteilung und Gültigkeit dieser Vorkaufsrechte gilt es im Rahmen der angehobenen Zivilverfahren zu klären. 75 Die genannten Vorbringen der Gesuchsgegnerin 1 vermögen damit aufzuzeigen, dass der Gesuchstellerin bezogen auf das vorliegende Verfahren kein unmittelbar nicht wieder gutzumachen- der Nachteil droht. Damit ist vorliegend das Kriterium der Dringlichkeit zu verneinen. 2.4 Hauptsachenprognose 76 Im Rahmen der Hauptsachenprognose oder der Entscheidprognose ist zu prüfen, ob die ins Auge gefasste Endverfügung wahrscheinlich rechtens sein wird. Die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens können somit berücksichtigt werden (Urteil B-860/2011 des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. September 2011, E. 4.2). Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung das Erfordernis der Hauptsachenprognose wie folgt umschrieben (BGE 130 II 149 E. 2.2 und 2.3; BGE 127 II 132 E. 3):

19/24

„Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die Hauptsachenprognose kann dabei berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen. [...] Die ganze oder teilweise Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats des Untersuchungsverfahrens rechtfertigt sich nur, wenn die Entscheidprognose entsprechend eindeutig ausfällt. Je zweifelhafter der Verfahrensausgang zudem erscheint, desto höhere Anforderungen sind an den für die Verfahrensdauer im öffentlichen Interesse zu beseitigenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der Anordnung zu stellen.“ 77 Die Gesuchstellerin bringt diesbezüglich vor, dass man zumindest glaubhaft gemacht habe, dass die Gesuchsgegnerin 4 als nicht kantonal beherrscht gelte. Dem Kanton Bern komme effektiv keine Kontrolle zu. Dies wird damit begründet, dass der Regierungsrat des Kantons Bern bei Bundesrätin Doris Leuthard um eine Mediation ersucht hat und gleichzeitig die Gesuchsgegnerin entgegen dem Sinn und Geiste der Mediation Verhandlungen über den Aktientransfer unternommen habe. Sodann würde die sich aus einer Aktienübertragung an die Gesuchsgegnerin 4 ergebende Konzentration im Aktionariat der Swissgrid AG im Widerspruch zur vorgesehenen Entflechtung des Übertragungsnetzes stehen. In diesem Sinne müsse für die Sicherstellung der Unabhängigkeit des Swissgrid AG sowie für eine repräsentative Verteilung der Aktien der Swissgrid AG eine provisorische Massnahme erfolgen. Ohne eine solche Massnahme werde eine spätere Intervention praktisch verunmöglicht (act. 1, Rz. 66 ff.). 78 Die Gesuchsgegnerin 1 führt betreffend die Hauptsachenprognose ins Feld, dass zwar klar sei, dass ein statutarisches Vorkaufsrecht einem vertraglichen Vorkaufsrecht vorgehe, dies sei vorliegend jedoch schon deshalb nicht von Relevanz, weil die Gesuchstellerin nach Ansicht der Gesuchsgegnerin 1 weder nach Artikel 18 Absatz 4 StromVG noch nach

Artikel 5 Absatz 3 ihrer Statuten vorkaufsberechtigt sei (act. 10, Rz. 15.1). Sodann wird betreffend die Konzentration im Aktionariat respektive einer allfälligen Gefährdung der Unabhängigkeit angeführt, dass bei einer allfälligen Übertragung von Aktien an die Gesuchsgegnerin 4 sowohl die Gesuchsgegnerin 4 als auch die Axpo Gruppe über einer Sperrminorität verfügen würde. Der Beteiligungsanteil würde aber jeweils noch unter 50 Prozent liegen. Der einzige Unterschied zur heutigen Situation läge darin, dass nicht mehr bloss die Axpo Gruppe sondern noch ein zweiter Aktionär über eine Sperrminorität verfügen würde. Die Unabhängigkeit der Gesuchsgegnerin 1 werde durch die Zusammensetzung des Verwaltungsrats gewährleistet. Solange die schweizerische Beherrschung gewährt sei, habe die ElCom keine Kompetenz, die Zusammensetzung des Aktionariats vorzugeben (act. 10, Rz. 15.2). Ferner bringt die Gesuchsgegnerin 1 zum Thema der Beherrschung vor, dass für eine Beurteilung der Beherrschung auf die Kapitalbeteiligung und die Stimmrechte abzustellen sei. Der Umstand, dass vorliegend BKW-Vertreter gleichzeitig mit Frau Leuthard sprechen würden, ändere an den Beherrschungsverhältnissen der Gesuchsgegnerin 4 nichts (act. 10, Rz. 16). 79 Die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 bringen vor, dass sich der Anspruch der Gesuchstellerin einzig auf den privatrechtlichen Aktienkaufvertrag stütze. Ein gesetzliches, respektive statutarisches Vorkaufsrecht habe die Gesuchstellerin jedenfalls nicht ausgeübt. Einen vertraglichen Anspruch habe sie nicht glaubhaft gemacht. Sodann seien auch die stromversorgungsrechtlichen Argumente der Gesuchstellerin nicht einschlägig (act. 12, Rz. 61 ff.). 80 Die Gesuchsgegnerin 4 führt an, dass aufgrund der Ausführungen der Gesuchstellerin unklar bleibe, über was im Hauptverfahren alles entschieden werden soll. Mangels rechtsgenügender Konkretisierung sei eine Hauptsachenprognose nicht möglich beziehungsweise negativ. Zudem genüge es den bundesrechtlichen Anforderungen nicht, wenn die Hauptsachenprognose zwar schwierig, jedoch nicht a priori negativ sei. Erforderlich sei vielmehr, dass die ins Auge gefasste Endverfügung wahrscheinlich rechtens sein werde. Erforderlich seien mithin überwiegende Erfolgsaussichten (act. 11, Rz. 35).

20/24

81 Strittig sind vorliegend unter anderem der Geltungsbereich und die Handhabe von Artikel 18 Absatz 4 StromVG. Es gilt insbesondere vorliegend und im Zusammenhang mit einer allfälligen Vorkaufsberechtigung der Gesuchsgegnerin 4 zu klären, ob vorliegend überhaupt ein Vorkaufsfall gegeben ist, was davon abhängen kann, ob die Gesuchstellerin selbst als vorkaufsberechtigt zu qualifizieren wäre. Zudem ist strittig, ob der Gesuchsgegnerin 4 ansonsten überhaupt ein gesetzliches Vorkaufsrecht zusteht. Ferner ist zu beurteilen, ob die Gesuchsgegnerin 1 die Übertragung von Namenaktien der Klasse A an die Gesuchsgegnerin 4 genehmigen darf und ob die Unabhängigkeit der Swissgrid AG durch die Transaktion gefährdet ist. Über diese Rechtsfragen ist erstmalig zu entscheiden. 82 Insgesamt erweist sich die Hauptsachenprognose als schwierig, jedoch nicht a priori als negativ. Die zu entscheidenden Rechtsfragen bedürfen einer vertieften Analyse und einer sorgfältigen Auslegung, was notabene auch die verschiedenen und oben aufgeführten Vorbringen der Gesuchsgegnerinnen aufzuzeigen vermögen. Es besteht sodann auch ein öffentliches Interesse daran, dass der Sinn und Zweck von öffentlich-rechtlichen Bestimmungen nicht mit privatrechtlichen Mitteln vereitelt werden und dass die Aktien an der Gesuchsgegnerin 1 unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben übertragen werden. 83 Bei derartigen tatsächlichen und rechtlichen Unklarheiten drängt sich Zurückhaltung auf, weil diesfalls die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch

beschafft werden müssen. Im vorliegenden Fall lässt sich eine verlässliche Entscheidungsprognose in der Hauptsache mehrheitlich nicht treffen (vgl. jedoch Rz. 94). Es bedarf genauerer Abklärungen und einer eingehenden Prüfung, um über den genauen Geltungs- und Anwendungsbereich von Artikel 18 Absatz 4 StromVG zu befinden. Mangels eindeutiger Entscheidungsprognose ist diese deshalb nachfolgend ausser Acht zu lassen (vgl. dazu Urteil A-2716/2013 des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Mai 2013, E. 4; Urteil A-3930/2013 des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. November 2013, E. 4.1). Der offene Verfahrensausgang ist bei den Anforderungen zu berücksichtigen, die an den drohenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit gestellt werden. 2.5 Verhältnismässigkeit 84 Der vorsorgliche Rechtsschutz ist schliesslich zu gewähren, wenn eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser als verhältnismässig erscheint (BGE 127 II 132 E. 3). 85 Die Gesuchstellerin legt dar, dass die Interessen der Swissgrid AG bei einem Verbot der Transaktion nicht berührt seien. Der Swissgrid AG erwachse sodann kein Nachteil durch den vorsorglichen Rechtsschutz. Der Entscheid habe allerdings eine Reflexwirkung auf die Alpiq Grid Beteiligungs AG und die Gesuchsgegnerin 4. Diese beiden Parteien würden durch ein vorsorgliches Gebot jedoch kaum Nachteile erleiden. Zum einen seien beide Gesellschaften im Verwaltungsrat der Swissgrid AG vertreten und würden dies auch bleiben. Zum anderen könnten die wirtschaftlichen Folgen für die beiden Gesellschaften in engen Grenzen gehalten werden, da der Stichtag für die Übertragung auch rückwirkend festgelegt werden könne (act. 1, Rz. 79). 86 Zur Verhältnismässigkeit führen die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 an, dass sie ein Interesse an einem raschen Vollzug des Verkaufs der Beteiligung an der Gesuchsgegnerin 1 haben. Die ElCom habe dieses Interesse in der Verfügung vom 9. September 2015 ausdrücklich anerkannt. Werde die superprovisorisch verfügte Anordnung nun aber bestätigt, bestehe die Gefahr, dass der Verkauf aufgrund langwieriger Verfahren sogar auf Jahre hinaus verzögert und die aus dem Verkauf zufließenden Mittel gebunden würden. Eine anderweitige Verwendung dieser Mittel würde damit verunmöglicht. Ein öffentliches Interesse an den beantragten vorsorglichen Massnahmen bestehe zudem nicht, da die gesetzlichen Bestimmungen zum Vorkaufsrecht nicht tangiert seien (act. 12, Rz. 64 ff.).

21/24

87 Die Interessen der Gesuchstellerin bestehen insbesondere darin, eine Klärung der Rechtslage zu erwirken und in der Folge den mit den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 geschlossenen Aktienkaufvertrag vollziehen zu können. 88 Gegenwärtig sind keine gewichtigen Interessen der Gesuchsgegnerin 1 zu erkennen, die einer vorsorglichen Anweisung, die Übertragung der von der Alpiq Grid Beteiligungs AG gehaltenen Aktien an die Gesuchsgegnerin 4 nicht zu genehmigen, entgegenstehen würden. Derartige Interessen werden von dieser denn auch nicht vorgebracht. So legt sie denn auch selbst dar, dass sie – zumindest in ihrer bisherigen Würdigung – die Gesuchsgegnerin 4 ebenfalls nicht als vorkaufsberechtigt erachtet. 89 Die wirtschaftlichen Interessen der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 als auch der Gesuchsgegnerin 4 an einem raschen Vollzug der Transaktion werden durch die ElCom anerkannt. Dieses wirtschaftliche Interesse würde vorliegend die Interessen der Gesuchstellerin nicht überwiegen. 2.6 Eventualbegehren der Gesuchstellerin 90 Eventualiter beantragt die Gesuchstellerin, es sei der Swissgrid AG zu verbieten, eine Übertragung von Aktien an der Swissgrid AG zu genehmigen, welche dazu führt, dass zwei Aktionäre gemeinsam einen bestimmenden Einfluss in der Generalversammlung der

Swissgrid AG erhalten (vgl. act. 1, S. 2, Ziff. 3). 91 Subeventualiter beantragt die Gesuchstellerin sodann, es sei der Swissgrid AG zu verbieten, die Übertragung der von der Alpiq Grid Beteiligungs AG gehaltenen Namenaktien der Klasse A an der Swissgrid AG an die BKW Netzbeteiligung AG zu genehmigen (vgl. act. 1, S. 2, Ziff. 4). 92 Wie vorgängig bereits festgestellt wurde (vgl. Rz. 59 ff.), droht der Gesuchstellerin bezogen auf die im vorliegenden Verfahren aufgeworfenen Hauptfragen kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil und zudem fehlt es an der Dringlichkeit für die Anordnung eines vorsorglichen Rechtsschutzes. Dies ist grundsätzlich auch betreffend die gestellten Eventualbegehren von Gültigkeit. So sei nochmals erwähnt, dass die Gesuchsgegnerin 1 glaubhaft dargelegt hat, dass gemäss ihrer Auffassung keine rechtsgültigen statutarischen Vorkaufsrechte geltend gemacht worden sind. Demnach erfolgen gestützt auf das Gesetz und die Statuten denn auch keine Eintragungen ins Aktienbuch. 93 Betreffend das beantragte Verbot, eine Übertragung von Aktien an der Swissgrid AG zu genehmigen, welches dazu führt, dass zwei Aktionäre gemeinsam einen bestimmenden Einfluss in der Generalversammlung der Swissgrid AG erhalten, führt die Gesuchstellerin unter anderem an, dass sich zwar eine eigentumsrechtliche Entflechtung im Parlament nicht durchgesetzt hat, es aber trotzdem unbestritten sein dürfte, dass sich das Aktionariat der nationalen Netzgesellschaft in die Richtung einer unabhängigen Mehrheit entwickeln sollte. Deshalb komme jeder Gemeinde und jedem Kanton nach Artikel 18 Absatz 4 StromVG ein Vorkaufsrecht zu. Im Weiteren äussert die Gesuchstellerin ihre Bedenken, dass immer weniger Aktionäre einen grösseren Einfluss auf die Swissgrid ausüben würden (act. 1, Rz. 55 ff.). Im Zusammenhang mit der Zuständigkeit wird den auch angeführt, dass eine Beherrschung schweizweit repräsentativ ausgestaltet werden muss, wie Artikel 18 Absatz 8 und 9 StromVG aufzeigen würden (act. 1, Rz. 30). 94 Dazu gilt es anzumerken, dass gemäss Artikel 18 Absatz 8 StromVG den Kantonen in den Statuten das Recht einzuräumen ist, zwei Vertreterinnen oder Vertreter in den Verwaltungsrat abzuordnen. Dabei ist eine ausgewogene Vertretung der Regionen zu berücksichtigen. Artikel 18 Absatz 9 StromVG sieht sodann vor, dass die Vertretung der verschiedenen Erzeuger- und Verbraucherregionen in den Organen sicherzustellen ist. Das Vorkaufsrecht gemäss Artikel 18 Absatz 4 StromVG steht zudem in einem engen Zusammenhang mit Artikel 18 Absatz 3 StromVG

22/24

und dient vorab der Sicherstellung der Unabhängigkeit der nationalen Netzgesellschaft, insbesondere gegenüber dem Ausland. Unter anderem die Gesuchsgegnerin 1 legt diesbezüglich dar, dass solange die schweizerische Beherrschung gewahrt ist, weder die Gesuchsgegnerin 1 noch die ElCom eine Kompetenz haben, die Zusammensetzung des Aktionariates vorzugeben. Die Gesuchsgegnerin 1 verweist bezüglich Artikel 18 Absatz 9 StromVG insbesondere auf die Materialien und vermag damit glaubhaft aufzuzeigen, dass ein über die Vinkulierung gemäss Artikel 18 Absatz 3 und 4 StromVG hinausgehender Eingriff in die Übertragbarkeit der Aktien der Gesuchsgegnerin 1 nicht zu rechtfertigen ist (act. 10, Rz. 15.2). Im Rahmen der vorliegenden summarischen Prüfung ist demnach bezogen auf dieses Vorbringen zudem von einer negativen Hauptprognose auszugehen, weshalb das Begehren um eine vorsorgliche Anordnung der entsprechenden Massnahme abgewiesen wird. 2.7 Fazit 95 Mangels eines drohenden und nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils sowie einer besonderen Dringlichkeit betreffend die Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen, sind die diesbezüglichen Begehren der Gesuchstellerin (vgl. act. 2, S. 2, Ziff. 1, 3, 4 und 5) abzuweisen. Die von der ElCom

im Rahmen ihrer Verfügung 25-00063 vom 9. September 2015 super- provisorisch angeordneten Anweisung an die Swissgrid AG, die Übertragung der von der Alpiq Grid Beteiligungs AG gehaltenen Aktien an der Swissgrid AG an die BKW Netzbeteiligung AG nicht zu genehmigen, wird aufgehoben. 3 Gebühren 96 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 be- rechnet und betragen je nach Funktionsstufe des ausführenden Personals 75 bis 250 Franken pro Stunde (Art. 3 GebV-En). 97 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]). Die Gebühren werden mit dem Entscheid in der Hauptsache auferlegt. 4 Parteientschädigung 98 Die Parteien beantragen die Zusprechung einer Parteientschädigung. Weder die Stromversor- gungsgesetzgebung noch das VwVG sehen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren die Aus- richtung einer Parteientschädigung vor. Für eine analoge Anwendung von Artikel 64 VwVG, wel- cher das Beschwerdeverfahren betrifft, besteht kein Raum, da es sich beim Ausschluss von Parteientschädigungen im erstinstanzlichen Verfahren nicht um eine echte Lücke handelt, son- dern dies vom Gesetzgeber bewusst so vorgesehen wurde (m.w.H.: BGE 132 11 47 ff., E. 5.2). Parteientschädigungen werden deshalb keine zugesprochen.

23/24

### III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

#### **E. 4**

StromVG auszulegen ist. Die Statuten der Gesuchsgegnerin 1 haben zwar die Einzelheiten betreffend das gesetzliche Vorkaufsrecht zu regeln, müssen sich aber zweifelsohne in dem durch das Gesetz vorgegebenen Rahmen bewegen. 40 Der Geltungsbereich von Artikel 18 Absatz 4 StromVG bzw. der Vollzug dieser Bestimmung hat vorliegend allenfalls auch unmittelbare Auswirkungen auf zivilrechtliche Rechtsverhältnisse. Dies vermag aber nichts daran zu ändern, dass es sich dabei um eine öffentlich-rechtliche Bestimmung handelt. 41 Selbst wenn ein allfälliges vertragliches Vorkaufsrecht der Gesuchsgegnerin 4 und auch der Ak- tienkaufvertrag zwischen der Gesuchstellerin und den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 privatrecht- licher Natur sind, ändert dies nichts an der Zuständigkeit der ElCom, bilden doch diese privat- rechtlichen Rechtsverhältnisse nicht unmittelbarer Gegenstand des vorliegenden und durch die Gesuchstellerin angehobenen Verwaltungsverfahrens. So wirft die Gesuchstellerin die Frage, ob der Gesuchsgegnerin 4 gestützt auf den Swissgrid-Gesellschaftsvertrag ein privatrechtliches Vorkaufsrecht zukommt oder nicht im Rahmen ihrer Eingabe denn gar nicht auf. Von der Gesuch- stellerin wird lediglich in Frage gestellt, ob der Gesuchsgegnerin 4 ein gesetzliches Vorkaufsrecht gemäss Artikel 18 Absatz 4 StromVG zukommt. 42 Gemäss Artikel 9 Absatz 1 VwVG hat die Behörde, die sich als zuständig erachtet, dies durch Verfügung festzustellen, wenn eine Partei die Zuständigkeit bestreitet. Gegenstand von Artikel 9 VwVG bilden Streitigkeiten über die Zuständigkeit (Kompetenzkonflikte). Bei einem Konflikt im Verhältnis zwischen Behörde und Partei wird die Behörde angewiesen, über ihre Zuständigkeit oder Unzuständigkeit zu verfügen, um der Partei den Rechtsweg zu öffnen. Der Weg von Artikel

#### **E. 9**

Absatz 1 VwVG ist dabei einzuschlagen, wenn sich die Behörde als zuständig erachtet, jedoch eine Partei die Zuständigkeit bestreitet. Das Gesetz verlangt die Feststellung der Zuständigkeit zwingend und es steht deshalb nicht im Ermessen der Behörde, ob sie verfügen will oder nicht (DAUM MICHAEL, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG – Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 9 N 1 ff.). 43 Die ElCom beabsichtigt, gemäss Artikel 9 Absatz 1 VwVG zur Zuständigkeit im Hauptverfahren eine separate Zwischenverfügung zu erlassen. Die weiteren Vorbringen der Gesuchsgegnerinnen zur Zuständigkeit werden im Rahmen dieser Zwischenverfügung behandelt.

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