

# **ELCOM vorsorgliche-verfuegung-des-netzzugangs-dckmHs vom 14. Februar 2013**

ElCom, 2013-02-14, DE

Quelle:

[https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom\\_vorsorgliche-verfuegung-des-netzzugangs-dckmHs](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_vorsorgliche-verfuegung-des-netzzugangs-dckmHs)

FR: ELCOM vorsorgliche-verfuegung-des-netzzugangs-dckmHs du 14 février 2013

IT: ELCOM vorsorgliche-verfuegung-des-netzzugangs-dckmHs del 14 febbraio 2013

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Zuständigkeit 13 Die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) überwacht gemäss Artikel 22 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Gemäss Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG entscheidet die ElCom im Streitfall über den Netzzugang. Sie kann den Netzzugang vorsorglich verfü- gen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a letzter Satz StromVG). 14 Das vorliegende Verfahren wurde auf Gesuch der Swisscom Immobilien AG hin eröffnet, richtet sich gegen die Städtischen Betriebe Olten in ihrer Funktion als Netzbetreiber im Versorgungsgebiet der Stadt Olten und hat die Frage des Netzzugangs zum Gegenstand. 15 Vorliegend wird der Antrag auf vorsorgliche Verfügung des Netzzugangs gestellt. Die Zuständigkeit der ElCom für den Erlass der vorliegenden Verfügung ist somit gegeben.

### **E. 2**

Parteien

#### **E. 2.1**

Im Allgemeinen 16 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 be- rühren 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 Ände- rung hat. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Zur Beschwerde berechtigt sind fer- ner Personen, Organisationen und Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht ein- räumt (Art. 48 Abs. 2 VwVG).

#### **E. 2.2**

Swisscom Immobilien AG 17 In ihrer Stellungnahme vom 11. Januar 2013 (act. 5) macht die Gesuchsgegnerin geltend, dass die Swisscom (Schweiz) AG eigentliche Rechtsnachfolgerin der PTT und somit eigentliche Gesuchstelle- rin sei. Die Swisscom Immobilien AG sei hingegen weder Gesuchstellerin noch rechtsgültig vertreten. Ein rechtsgenügsames Vertretungsverhältnis zwischen den beiden Swisscom-Gesellschaften liege nicht vor. Die Gesuchsgegnerin bestreitet deshalb, dass die Swisscom Immobilien AG

den Netzzugang für sich verlangen kann. 18 Das Gesuch vom 19. Dezember 2012 weist je eine Unterschrift im Namen der Swisscom Immobilien AG (Sascha Eisenecher) und der Swisscom (Schweiz) AG (Bruno Vogler) auf (act. 1). Gemäss Inter- net-Auszug aus dem Zentralen Firmenindex (Zefix; [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch), letztmals besucht am 14. Februar 2013) ist für beide Gesellschaften Kollektivunterschrift zu zweien vorgesehen. Herr Bruno Vogler ist im Handelsregister nicht eingetragen. Herr Eisenecher ist hingegen gemäss Zefix sowohl für die Swiss- com (Schweiz) AG als auch für die Swisscom Immobilien AG zeichnungsberechtigt. 19 Aufgrund einer summarischen Prüfung kam die ElCom in ihrer Verfügung vom 21. Dezember 2012 (act. 3 und 4) zum Schluss, dass Herr Vogler aufgrund der Gattungsvollmacht vom 28. Februar 2012

5/15

(act. 2) rechtsgenüchlich zur Vertretung der Swisscom Immobilien AG mit Kollektivunterschrift zu zwei- en bevollmächtigt sei. Nur für die Swisscom Immobilien AG habe somit in Bezug auf das Gesuch vom 19. Dezember 2012 eine rechtsgenüchliche Vertretung vorgelegen, weshalb nur ihr Parteistellung ein- geräumt wurde. Aufgrund der Zeichnungsberechtigungen im Zefix sowie der Gattungsvollmacht vom 28. Februar 2012 ist das vorliegende Gesuch um Netzzugang – unterzeichnet von Herrn Bruno Vogler und Herrn Sascha Eisenecher – rechtsgenüchlich im Namen der Swisscom Immobilien AG gestellt worden. Es bleibt somit zu prüfen, ob die Swisscom Immobilien AG für sich oder für Dritte Netzzugang verlangen kann. 20 Anspruch auf Netzzugang hat gemäss Artikel 11 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 [StromVV; SR 734.71]) der Endverbraucher einer bestimmten Verbrauchsstätte. Die Gesuchstel- lerin hat auf Ersuchen der ElCom hin (act. 7) verschiedene Belege zwecks Nachweises ihrer Legitima- tion, für die Messstelle CH10152012345K000000000000000012 den Netzzugang zu verlangen, ein- gereicht (act. 8). Diese Belege bestehen insbesondere aus Rechnungen der a.en gerichtet an Swenex (mit dem Vermerk „Swisscom Gruppe“) und Sammelrechnungen der Swenex gerichtet an die Swiss- com Immobilien AG. Die Swenex nimmt die Einforderung der Elektrizitätsrechnungen und die Verwal- tung der Messdaten der Messpunkte der Swisscom Gruppengesellschaften und deren Tochtergesell- schaften für die Swisscom Immobilien AG wahr (vgl. Schreiben an die Verteilnetzbetreiber vom 17. Oktober 2011, Beilage zu act. 8). 21 Die Sammelrechnung der Swenex vom 2. November 2012 (Beilage zu act. 8) enthält eine als „Empfängerliste Liegenschaften“ bezeichnete Liste. Auf dieser Liste sind Netzbetreiber aus der gan- zen Schweiz aufgeführt, die der Swenex für die Liegenschaften der Swisscom-Gruppe Rechnung gestellt haben. Darunter befinden sich auch die sbo, die über die a.en der Swenex für die Neu- hardstrasse 33 in Olten („FBZ Swisscom Multisite“) Rechnung stellen. Die letzte der ElCom vorliegen- de Rechnung der a.en für diese Liegenschaft datiert vom 7. Januar 2013 (vgl. Beilage zu act. 8). 22 Die Gesuchstellerin ist gemäss eigenen Aussagen Hauptmieterin der Liegenschaft an der Neu- hardstrasse 33 in Olten. Gemäss der internen „Direktive Immobilien“ sei die Gesuchstellerin ferner zuständig für den Erwerb von Liegenschaften und die Miete von Räumlichkeiten für die Swisscom Gesellschaften. Alle Verträge, welche den Bereich „Energie“ betreffen, seien ferner namens und auf Rechnung der Swisscom Immobilien AG abgeschlossen worden (vgl. zum Ganzen act. 8). 23 Die erwähnte „Direktive Immobilien“ wurde der ElCom zwar nicht eingereicht. Aufgrund der gesamten Umstände erscheint es aber plausibel, dass die Gesuchstellerin innerhalb der Swisscom-Gruppe die Verantwortung für die Beschaffung und Weiterverrechnung der Elektrizität an die Swisscom Gruppen-

gesellschaften trägt (vgl. Schreiben vom 17. Oktober 2011, Beilage zu act. 8) und somit auch berechtigt ist, Gesuche um Netzzugang zu stellen. Dies trifft auch für jene Liegenschaften zu, welche die Gesuchstellerin nicht selbst nutzt und innerhalb der Swisscom-Gruppe (unter-)vermietet. Diesbezüglich kann nämlich von einer konzerninternen Befugnis ausgegangen werden. 24 Die Gesuchsgegnerin hat demgegenüber nicht überzeugend dargelegt, warum der Gesuchstellerin diese Befugnis abzuspreehen wäre. Die Gesuchstellerin war somit für die Einreichung des vorliegenden Gesuchs legitimiert, ist vom vorliegenden Verfahren direkt betroffen und somit Partei.

### **E. 2.3**

Städtische Betriebe Olten 25 Die Gesuchsgegnerin ist Netzbetreiberin des Versorgungsgebiets, in welchem sich die Neuhardstrasse 33 in Olten befindet, sowie Energielieferant in der Grundversorgung. Sie ist vom vorliegenden Gesuch um Netzzugang direkt betroffen. Auch die Gesuchsgegnerin hat somit Parteistellung im Sinne von Artikel 6 VwVG.

6/15

26 Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Stellungnahme vom 11. Januar 2013 geltend, die Swisscom kenne die Verhältnisse zwischen den sbo und der a.en, habe aber trotzdem die a.en statt die sbo eingeklagt. Dadurch fehle es an der Passivlegitimation (act. 5). 27 Die Städtischen Betriebe Olten (sbo) besitzen eine Rechtspersönlichkeit nach kantonalem solothurnischem Recht. Die a.en nimmt die operative Führung für die sbo wahr (vgl. <http://www.aen.ch/de/ueber-aen.html>, letztmals besucht am 14. Februar 2013). Sie hat denn auch im Namen der sbo das Antwortschreiben vom 26. Oktober 2012 verfasst, obwohl das Gesuch um Netzzugang vom 24. Oktober 2012 direkt an die sbo gerichtet wurde. 28 Aus diesem Umstand schloss die ElCom in ihrer Verfügung vom 21. Dezember 2012, dass mindestens in Bezug auf die Frage der Gewährung des Netzzugangs ein Vertretungsverhältnis zwischen der sbo und der a.en vorliegt. Bezeichnend ist jedenfalls die Tatsache, dass die Stellungnahme vom 11. Januar 2013 ebenfalls von der a.en eingereicht wurde (act. 5). Daraus lässt sich schliessen, dass auch in Bezug auf das vorliegende Verfahren ein Vertretungsverhältnis zwischen den sbo und der a.en vorliegt. 29 Die Passivlegitimation kann jedenfalls nicht allein aufgrund der Tatsache verneint werden, dass der Netzzugang formell gegenüber der a.en verlangt wurde, die nicht eigentliche Netzbetreiberin ist. Die ElCom hat das vorliegende Gesuch um vorsorglichen Netzzugang nämlich so zu verstehen, wie es tatsächlich gemeint war und aufgrund der gesamten Umstände ohne weiteres verstanden werden kann und muss (vgl. zum Verbot des überspitzten Formalismus BGE 121 I 179).

### **E. 3**

Dezember 2004 kann zudem ein Vertrag, der den neuen Verhältnissen nicht mehr gerecht wird, angepasst werden. Namentlich wird dabei die Vertragsanpassung mittels der sogenannten „clausula rebus sic stantibus“ erwähnt (vgl. BBl 2005 1611, 1677, Ziff. 5.2.5). Die Anwendbarkeit dieser Anpassungsregel setzt die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen voraus. Zunächst müssen sich die Verhältnisse seit Vertragsabschluss erheblich verändert haben. Sodann darf die Veränderung der Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht voraussehbar gewesen sein. Ferner darf keine vertragliche oder gesetzliche Anpassungsregel vorhanden sein. Schliesslich muss eine grundlegende Störung der Äquivalenzverhältnisse vorliegen (vgl. zum Ganzen GAUCH

PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne aus- servertragliches Haftpflichtrecht, 9. Auflage, Zürich 2008, Rz. 1280 ff.). 62 Mit Inkrafttreten der Stromversorgungsgesetzgebung und des erwähnten Wechselprozesses haben sich die Verhältnisse erheblich verändert. Dies war 1983 nicht voraussehbar. Eine vertragliche Anpassungsregel besteht vorliegend nicht. Eine grundlegende Störung der Äquivalenzverhältnisse kann vorliegend schliesslich darin erkannt werden, dass sich die Gesuchstellerin aufgrund der Kündigungsfrist im Energieliefervertrag in der ungünstigen Lage befindet, einen allfälligen Schritt in den freien Markt in Unkenntnis der zukünftigen Tarife in der Grundversorgung vornehmen zu müssen (vgl. Rz. 58). 63 Aufgrund des Gesagten sind die Voraussetzungen für eine Anpassung der vertraglichen Kündigungsfrist sowohl gestützt auf Artikel 30 Absatz 1 StromVV (welcher insofern als normative Anpassungsregel in Form einer Ordnungsbestimmung betrachtet werden mag) als auch aufgrund der vertragsrechtlichen „clausula rebus sic stantibus“ erfüllt. Der Energieliefervertrag ist somit so anzuwenden, dass die vertragliche Kündigungsfrist mit den gesetzlichen Fristen für die Geltendmachung des Netzzugangs vereinbar ist. 64 Dies bedeutet, dass die Kündigungsfrist so zu verkürzen ist, dass spätestens per 31. Oktober (vgl. Art. 11 Abs. 2 StromVV) der Netzzugang auf den 1. Januar des darauf folgenden Jahres verlangt werden kann. Der vertragliche Kündigungstermin (31. Dezember; vgl. Art. 9 Ziff. 2 des Energieliefervertrags [Beilage zu act. 1]) wirft schliesslich keine Probleme auf, da der Netzzugang auf den 1. Januar verlangt werden kann (vgl. Art. 11 Abs. 2 StromVV). Mit der Geltendmachung des Netzzugangs mit Schreiben vom 26. Oktober 2012 (vgl. Beilage zu act. 1) hat die Gesuchstellerin die Frist für einen Netzzugang per 1. Januar 2013 eingehalten. 65 Dass die Gesuchsgegnerin in neuen Verträgen eine Kündigungsfrist von 6 Monaten und als Kündigungstermin jeweils den 30. Juni vorsieht (vgl. act. 5, Ziff. 11, dritter Absatz), ist schliesslich nicht zuletzt im Lichte der bundesgerichtlichen Unterscheidung zwischen altrechtlichen und neurechtlichen Verträgen für den vorliegenden Fall nicht massgebend. 66 Aufgrund dieser positiven Hauptsachenprognose zu Gunsten der Gesuchstellerin kann der Netzzugang im Sinne einer provisorischen Massnahme aufrechterhalten werden.

### **E. 3.1**

Im Allgemeinen 30 Das Verfahren vor der ElCom richtet sich nach dem StromVG und dem VwVG (vgl. Art. 1 VwVG). Das VwVG selbst sieht keine vorsorglichen Massnahmen im erstinstanzlichen Verfahren vor. Rechtsprechung und Lehre anerkennen jedoch, dass in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten unter gewissen Umständen vorsorglicher Rechtsschutz zu gewähren ist. Inhalt und Voraussetzungen der vorsorglichen Massnahmen haben ihre Grundlage im materiellen Recht, dessen Durchsetzung die Massnahmen sichern sollen. Vorsorgliche Massnahmen sind dann zulässig, wenn die Rechtsdurchsetzung selbst gefährdet ist (KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, N 333 f.). Die für das VwVG entwickelten Grundsätze sind auf die Anordnung des vorsorglichen Netzzugangs gemäss Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG anwendbar. 31 Die Elcom hat gestützt auf das Gesetz und auf die für das Verwaltungsverfahren entwickelte Praxis bereits in der Vergangenheit vorsorgliche Massnahmen erlassen (vgl. Verfügung der Elcom vom 17. November 2008, erhältlich unter: [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) ■ Dokumentation ■ Verfügungen ■ Nach Datum ■ Verfügungen 2008). Auch das Bundesverwaltungsgericht bejahte im Rahmen einer Zwischenverfügung die Kompetenz der ElCom zum Erlass vorsorglicher

Massnahmen in Sachen Strom- versorgung (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Dezember 2008, A- 7862/2008, E. 1 ff.). 32 Unterschieden wird zwischen sichernden und gestaltenden Massnahmen. 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

7/15

weder präjudizieren noch illusorisch machen (vgl. BGE 127 II 132, E. 3). Die Gewährung des vorsorglichen Netzzugangs stellt eine gestaltende Massnahme dar. 33 Ein Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, das heisst, dass es sich als notwendig erweist, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügen kann. Erforderlich ist weiter, dass eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand darf dadurch jedoch weder präjudiziert noch verunmöglicht werden. Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Dabei kann die Hauptsachenprognose insbesondere dann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil diesfalls die entsprechenden Entscheidungsgrundlagen ja erst im Hauptverfahren ermittelt bzw. festgelegt werden (vgl. zum Ganzen BGE 127 II 132, E. 3). 34 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, Rz. 66 zu Artikel 56). 35 Die vorliegende Verfügung hat die Gewährung des Netzzugangs per 1. Januar 2013 in Bezug auf die Messstelle CH10152012345K000000000000000012 zum Gegenstand. Da mit Verfügung der ElCom vom 21. Dezember 2012 bereits eine superprovisorische Massnahme angeordnet wurde, betrifft die vorliegende Verfügung – nachdem die Gesuchsgegnerin zum Gesuch um Netzzugang angehört wurde (act. 5) – die Frage, ob die superprovisorische Massnahme als provisorische Massnahme aufrechterhalten wird. 36 Nachfolgend ist zu prüfen, ob vorliegend die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen erfüllt sind.

### **E. 3.2**

Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil 37 Der Verzicht auf Massnahmen muss für die Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2003, 2A\_142/2003, E. 3.1). 38 Aus dem Schreiben der a.en vom 26. Dezember 2012 ergibt sich, dass die Gesuchsgegnerin für die Messstelle CH10152012345K000000000000000012 keinen Netzzugang per 1. Januar 2013 gewährt (Beilage zu act. 1). Im Gesuch um vorsorglichen Netzzugang vom 19. Dezember 2012 weist die Gesuchstellerin darauf hin, dass die erforderliche Energiemenge beginnend ab 1. Januar 2013 mit der neuen Energielieferantin per 26. November 2012 vertraglich geregelt wurde (act. 1, Ziff. 2). 39 In ihrer Stellungnahme vom 11. Januar 2013 äussert sich die Gesuchsgegnerin zu dieser Frage nur dahingehend, dass das Superprovisorium bei ihr zu

einer finanziellen Einbusse und in mindestens demselben Ausmass zu einem nicht wiedergutzumachenden Nachteil führt (act. 5). Sie stellt damit nicht Abrede, dass durch die Verweigerung des Netzzugangs bei der Gesuchstellerin ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil entsteht. Die Frage, welcher finanzielle Nachteil überwiegt, ist im Rahmen einer Interessenabwägung zu beantworten (vgl. dazu Rz. 49 ff.).

8/15

40 Für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist entscheidend, ob der Nachteil in einem Hauptverfahren rückwirkend wiedergutzumachen wäre oder nicht (BGE 125 II 613, E. 4a). 41 Zweck der Stromversorgungsgesetzgebung ist es unter anderem, die Voraussetzungen für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu schaffen (Art. 1 Abs. 1 StromVG). Die Weigerung des Netzbetreibers, einem Endverbraucher den Netzzugang zu gewähren, hat nicht nur finanzielle Folgen, sondern behindert auch die Schaffung der notwendigen Voraussetzungen für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt. Das Stromversorgungsgesetz sieht daher vor, dass die ElCom den Netzzugang vorsorglich verfügen kann, um zu verhindern, dass der Netzzugang durch lange Verfahren und die Ausschöpfung sämtlicher Rechtsmittel auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben werden kann (Art. 22 Abs. 2 Bst. a StromVG; Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1611 ff., 1661).

### **E. 3.3**

Dringlichkeit 42 Ein Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, das heisst, dass es sich als notwendig erweist, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen (BGE 127 II 132, E. 3). Die grundsätzliche Möglichkeit, dass die Parteien ihre finanziellen Belange rückwirkend abwickeln können, scheint der Dringlichkeit entgegen zu stehen. Es wurde aber bereits dargelegt, dass der Nachteil vorliegend nicht nur finanzieller Natur ist. Er betrifft auch den Netzzugang als solchen als Voraussetzung, um einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu gewährleisten (vgl. Rz. 41 ff.). 43 Der Anspruch auf Netzzugang ist jeweils per 1. Januar des dem Gesuch auf Netzzugang folgenden Jahres umzusetzen (Art. 11 Abs. 2 StromVV). Die Gesuchstellerin weiss zwar seit Ende Oktober 2012, dass ihr die Gesuchsgegnerin den Netzzugang verweigert. Gemäss eigenen Angaben hat sich die Gesuchstellerin aber seither bemüht, die Angelegenheit mit der a.en einvernehmlich zu lösen (act. 1, Ziff. 3). 44 In der superprovisorischen Verfügung vom 21. Dezember 2012 hat die ElCom die Dringlichkeit bejaht, sich aber gleichzeitig vorbehalten, in Zukunft kurzfristig eingereichte Gesuche anders zu beurteilen. Endverbraucher sind im Grundsatz verpflichtet, sich frühzeitig an die ElCom zu wenden, wenn sie einen vorsorglichen Netzzugang erwirken möchten (Frage des schützwürdigen Interesses). 45 Die Gesuchsgegnerin äussert sich in ihrer Stellungnahme nicht zur Frage der Dringlichkeit (vgl. act. 5). Gründe, die in der superprovisorischen Verfügung bejahte Dringlichkeit nachträglich zu verneinen, sind auch nicht ersichtlich. Die Dringlichkeit ist vorliegend somit gegeben.

### **E. 3.4**

Verhältnismässigkeit 46 Der vorsorgliche Rechtsschutz ist zu gewähren, wenn eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint (BGE 127 II 132, E. 3). 47 Das Prinzip der Verhältnismässigkeit besagt, dass diejenigen Massnahmen anzuwenden sind,

welche am besten geeignet sind, die Interessen der Parteien zu wahren. Dies bedeutet auch, dass unter mehreren Massnahmen jene zu wählen sind, die am wenigsten in die Rechte der Betroffenen eingreifen. Der Richter hat die in Frage stehenden Interessen gegeneinander abzuwägen und die Schwere der Nachteile zu berücksichtigen, die ungerechtfertigte Massnahmen verursachen würden (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts vom 13. Oktober 2008, 4A\_371/2008, E. 2.1.1). Daraus ergeben sich folgende Kriterien für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit im weiteren Sinne: Geeignetheit, Not-

9/15

wendigkeit sowie Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (d.h. im Sinne eines möglichst schonenden Eingriffs) der Massnahmen. 48 Die Verpflichtung zur vorsorglichen Gewährung des Netzzugangs ist vorliegend geeignet, das angestrebte Ziel – nämlich die Vermeidung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils in Form von finanziellen Nachteilen sowie in Form einer Behinderung des wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkts – zu erreichen. Alternativen zur Erreichung des Ziels gibt es nicht, zumal das Stromnetz ein natürliches Monopol darstellt. Damit ist auch das Kriterium der Notwendigkeit erfüllt. 49 Es verbleibt die Abwägung der sich vorliegend gegenüber stehenden Interessen. Zur Frage der Interessenabwägung äussert sich die Gesuchsgegnerin nicht explizit. Sie macht nur geltend, dass der finanzielle Schaden bei ihr entsteht, falls der Gesuchstellerin der Netzzugang gewährt wird (vgl. Rz. 39). Es ist deshalb davon auszugehen, dass nicht nur die Gesuchstellerin, sondern auch die Gesuchsgegnerin bereits die Elektrizität für das Jahr 2013 eingekauft hat. Sowohl auf Seiten der Gesuchstellerin als auch auf Seiten der Gesuchsgegnerin ist der mögliche Nachteil bei Anordnung bzw. Verweigerung des vorliegend beantragten Netzzugangs finanzieller Natur. Auf keiner Seite jedoch sind die finanziellen Auswirkungen derart ausgeprägt, dass sich die Gewährung des Netzzugangs klar bejahen bzw. verneinen liesse. 50 Nicht ersichtlich ist jedoch, warum die Gesuchstellerin für die Dauer des Verfahrens einstweilen die finanziellen Nachteile tragen sollte, falls eine summarische Prüfung ergibt, dass der Netzzugang hätte gewährt werden sollen. Die Interessenabwägung hat vorliegend somit anhand einer Hauptsachenprognose zu erfolgen (vgl. Rz. 51 ff.).

### **E. 3.5**

Hauptsachenprognose 51 Die Hauptsachenprognose kann insbesondere dann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist. Bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil diesfalls die entsprechenden Entscheidungsgrundlagen erst im Hauptverfahren ermittelt bzw. festgelegt werden (BGE 127 II 132 E.3). 52 Anspruch auf Netzzugang haben Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh, die nicht bereits gestützt auf einen schriftlichen, individuell ausgehandelten Liefervertrag Elektrizität beziehen. Die Endverbraucher haben ihrem Netzbetreiber jeweils bis zum 31. Oktober mitzuteilen, dass sie von ihrem Anspruch auf Netzzugang ab 1. Januar des folgenden Jahres Gebrauch machen (Art. 11 Abs. 2 StromVV). 53 In der superprovisorischen Verfügung vom 21. Dezember 2012 legte die ElCom dar, dass die Gesuchstellerin grundsätzlich sämtliche Voraussetzungen für den Netzzugang erfüllt. Den Netzzugang verweigert die Gesuchsgegnerin einzig mit Berufung auf die Kündigungsfrist im Energieliefervertrag aus dem Jahre 1983. Auch in ihrer Stellungnahme vom 11. Januar 2013 stellt die Gesuchsgegnerin nicht in Abrede, dass die Gesuchstellerin die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen für den Netzzugang erfüllt (act. 5). Diese Voraussetzungen sind vorliegend somit nicht mehr zu prüfen. 54 Die ElCom hat ferner argumentiert, dass

eine vertragliche Kündigungsfrist von einem Jahr gegen die Regeln über den Netzzugang verstösst, insbesondere gegen die Vorschrift in Artikel 11 Absatz 2 StromVV, wonach die Endverbraucher ihrem Netzbetreiber jeweils bis zum 31. Oktober mitteilen können, dass sie von ihrem Anspruch auf Netzzugang ab 1. Januar des folgenden Jahres Gebrauch machen. Die vertragliche Kündigungsfrist sei deshalb ungültig, insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich um einen Vertrag handelt, der lange vor Inkrafttreten des StromVG abgeschlossen wurde.

10/15

55 Die ElCom stützte sich dabei auf Artikel 30 Absatz 1 StromVV, wonach Bestimmungen von bestehenden Verträgen, die gegen die Vorschriften über den Netzzugang verstossen, ungültig sind sowie auf ein Urteil des Bundesgerichts, wonach Rechtshandlungen, die unter altem Recht vorgenommen wurden und Jahre zurück liegen, grundsätzlich nur mit Rechtswirkungen verbunden werden dürfen, 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, 2C\_739/2010, Erwägung 4.6; nachfolgend: „Urteil BGer 2011“). 56 In ihrer Stellungnahme vom 11. Januar 2013 machte die Gesuchsgegnerin geltend, das Mitteilungsrecht gemäss Artikel 11 Absatz 2 StromVV gelte nicht, da die Gesuchstellerin einen Vertrag abgeschlossen habe. Sie führte ferner an, dass die ElCom nicht den ganzen Vertrag als ungültig hätte bezeichnen sondern höchstens den Termin für die Kündigung hätte anpassen dürfen (vgl. art. 5, Ziff. 9 ff.). 57 Der erläuternde Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007 der StromVV (nachfolgend: „erläuternder Bericht zur StromVV“; erhältlich unter [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) ■ Dokumentation ■ Gesetze und Ausführungsbestimmungen ■ Schweiz) besagt, dass sich das Kündigungsrecht bei schriftlichen, individuell ausgehandelten Verträgen nach Vertrag richtet. Diese Verträge würden vom Mitteilungsrecht der Verordnung nicht tangiert. Standardisierte schriftliche Verträge könnten hingegen jeweils per 1. Oktober (d.h. per 31. Oktober in der definitiven Fassung der StromVV) gekündigt werden (erläuternder Bericht StromVV, S. 7, Art. 4, dritter Absatz). 58 Das Stromversorgungsrecht bezweckt unter anderem, die Voraussetzungen für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu schaffen (Art. 1 Abs. 1 StromVG). Artikel 11 Absatz 2 StromVV schränkt die Wahlfreiheit der Endverbraucher bereits insofern ein, als das Recht auf Netzzugang jeweils nur einmal pro Jahr ausgeübt werden kann. Der Eintritt in den freien Markt darf nach Sinn und Zweck der Stromversorgungsgesetzgebung nicht zusätzlich erschwert werden. Dem Wechselprozess liegt ein zeitlich klar definierter Mechanismus zu Grunde: Die Netzbetreiber müssen gestützt auf Artikel 10 StromVV in Verbindung mit Artikel 12 Absatz 1 StromVG die Tarife für das Folgejahr jeweils bis zum 31. August veröffentlichen. Der Netzzugang muss bis spätestens am 31. Oktober – das heisst nach Kenntnis der Tarife für das Folgejahr – beantragt werden. Wäre vorliegend die Kündigungsfrist nach Vertrag ohne weiteres gültig, hätte dies zur Folge, dass die Gesuchstellerin den Netzzugang beantragen (und somit den Energieliefervertrag kündigen) müsste, ohne die Tarife der Gesuchsgegnerin in der Grundversorgung für das auf den Kündigungstermin folgende Jahr zu kennen. Ein solches Vorgehen ist mit dem in der Stromversorgungsgesetzgebung vorgesehenen Wechselprozess nicht vereinbar. 59 Das Bundesgericht unterscheidet in seinem Urteil vom 6. Juli 2011 zwischen „altrechtlichen“ und „neurechtlichen“ Verträgen. Es steht vorliegend fest, dass es sich beim Energieliefervertrag aus dem Jahre 1983 um einen altrechtlichen Vertrag gemäss der Definition des Bundesgerichts handelt. Eine andere

Beurteilung wäre nur dann denkbar, wenn die Parteien den betreffenden Energieliefervertrag in Kenntnis der Unvereinbarkeit der darin vereinbarten Kündigungsklausel mit dem im Stromversorgungsrecht vorgesehenen Wechselprozess abgeschlossen hätten. 60 Das Bundesgericht hat entschieden, dass Artikel 11 StromVV bundesrechtswidrig ist, soweit er vorsieht, dass mit Liefervereinbarungen, die bereits vor dem Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes abgeschlossen wurden, der Anspruch auf Netzzugang wahrgenommen wurde (Urteil BGer 2011, E. 4.6). Gleiches muss vor diesem Hintergrund gelten, soweit Artikel 11 Absatz 2 StromVV eine zwingende Anwendbarkeit von Kündigungsklauseln altrechtlicher Verträge vorsieht: Auch in dieser Hinsicht wäre Art. 11 Absatz 2 StromVV, da gegen die Vorschriften des StromVG über den Netzzugang verstossend, als bundesrechtswidrig zu betrachten.

11/15

61 Gemäss Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom

#### **E. 4**

Aufschiebende Wirkung 67 Die Beschwerde gegen eine Verfügung hat grundsätzlich von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz kann jedoch einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen, wenn die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Vorliegend ist der Netzzugang und somit keine Geldleistung Gegenstand der Verfügung.

12/15

68 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 öffentlichen oder privaten Interessen ergeben (Regina Kiener, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 55 N 15). Die Gesuchstellerin hat ein Interesse daran, dass sie per 1. Januar 2013 Netzzugang erhält und nicht erst nach der Durchführung eines langen (Rechtsmittel-)Verfahrens. Einer allfälligen Beschwerde wird daher die aufschiebende Wirkung entzogen.

#### **E. 5**

Gebühren 69 Die Gebühren für die vorliegende Verfügung werden mit dem Entscheid in der Hauptsache auferlegt.

13/15

### III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen und in Bestätigung der superprovisorischen Massnahme wird verfügt:

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