

ELCOM wechsel-des-messdienstleisters-WplD83 vom 15. Oktober 2015

ElCom, 2015-10-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_wechsel-des-messdienstleisters-WplD83

FR: ELCOM wechsel-des-messdienstleisters-WplD83 du 15 octobre 2015

IT: ELCOM wechsel-des-messdienstleisters-WplD83 del 15 ottobre 2015

Erwägungen

E. 1

Zuständigkeit 20 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 (Art. 22 Abs. 1 StromVG). 21 Die ElCom beurteilt gemäss Artikel 25 Absatz 1bis Energiegesetz vom 26. Juni 1998 (EnG; SR 730.0) zudem Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen und den Zuschlägen auf die Übertragungskosten (Art. 7, 7a, 15b und 28a EnG). Die Kosten der zur Messung der produzierten Elektrizität verwendeten Messinstrumente werden in der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (EnV; SR 730.01) im 2. Kapitel mit dem Titel „Anschlussbedingungen für fossile und erneuerbare Energien nach Artikel 7 des Gesetzes“ behandelt. Fragen zu Messungen von Produzenten fallen somit in die Zuständigkeit der ElCom. 22 Der Gesuchsteller beantragt, die Gesuchsgegnerin sei gestützt auf Artikel 8 Absatz 2 StromVV zu verpflichten, ihm die Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters zu erteilen. Der Gesuchsteller betreibt mehrere Energieerzeugungsanlagen, welche an das Verteilnetz der Gesuchsgegnerin angeschlossen sind. Zu beurteilen ist einerseits die Auslegung einer Ausführungsbestimmung zur Stromversorgungsgesetzgebung und andererseits eine Streitigkeit betreffend die Messung einer Energieerzeugungsanlage, womit die Zuständigkeit der ElCom sowohl gestützt auf das StromVG als auch auf das EnG gegeben ist.

E. 2

Parteien und rechtliches Gehör

E. 2.1

Parteien 23 Die Gesuchsgegnerin stellt den Antrag, auf das Begehren des Gesuchstellers sei mangels einer rechtsgenügenden Bevollmächtigung nicht einzutreten (act. 9, S. 2). 24 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. 25 Eine Partei kann sich auf jeder Stufe des Verfahrens, wenn sie nicht persönlich zu handeln hat, vertreten lassen (Art. 11 Abs. 1 VwVG). In der Bundesverwaltungsrechtspflege besteht kein Anwaltsmonopol. Eine Partei kann sich daher durch jede beliebige natürliche oder juristische Person ihres Vertrauens vertreten lassen (VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Artikel 11 Rz. 13). Die Behörde kann den Vertreter

auffordern, sich durch schriftliche Vollmacht auszuweisen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Bei Zweifeln am Vorliegen eines

7/25

Vertretungsverhältnisses, darf die Behörde die Aufforderung zum Einreichen einer Vollmacht nicht nur dem mutmasslichen Vertreter, sondern auch der angeblich vertretenen Partei zusetzen. Genehmigt die vertretene Partei die von einem vollmachtlosen Vertreter vorgenommenen Prozesshandlungen nachträglich, sind diese gültig (MARANTELLI-SONANINI/ HUBER, a.a.O. Artikel 11 Rz. 26 f.). 26 [...] reichte am 1. Juli 2014 ein Gesuch in eigenem Namen sowie im Namen des Gesuchstellers ein. Aus seinem Schreiben vom 13. August 2014 geht hervor, dass er das Verfahren im Namen von [...] sowie im Namen des Gesuchstellers führen wollte (act. 4). Entsprechend aufgesetzt waren auch die ersten Vollmachten (act. 1 und 6). Die Gesuchsgegnerin machte geltend, es sei nicht ersichtlich, inwiefern [...] durch das Verhalten der Gesuchsgegnerin in ihren Rechten und Pflichten berührt seien. [...] würden lediglich die Rolle eines Vermittlers von Metering- Dienstleistungen einnehmen und seien weder Vertragspartei noch Messdienstleister (act. 9). In der Folge zogen [...] das in ihrem Namen eingereichten Gesuch zurück. [...] wollten jedoch weiterhin als Vertreter des Gesuchstellers auftreten (act. 11). 27 Aufgrund der unklaren Rechtsform von [...] forderte die ElCom sowohl den Gesuchsteller als auch [...] dazu auf, die Vertretungssituation zu bereinigen (act. 15 und 16). [...] reicht daraufhin eine Vollmacht des Gesuchstellers ein, welche [...] und nicht mehr [...] als Vertreter aufführt. Der Gesuchsteller bestätigte zudem, dass er von der bisher von [...] mit der ElCom geführten Korrespondenz Kenntnis hat und dass er damit einverstanden ist (act. 17). 28 Gesuchstellende Partei im vorliegenden Verfahren ist somit [...], vertreten durch [...] (im Folgenden „Gesuchsteller“). 29 Im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung war die Repower Schweiz AG Netzbetreiberin in [...] und [...], den Ortschaften, in welchen sich die PV-Anlagen des Gesuchstellers befinden (act. 9, S. 2). Mit Schreiben vom 25. Juni 2015 teilte die Repower AG mit, dass sie mit der Repower Schweiz AG fusioniert habe und diese aus dem Handelsregister gelöscht worden sei. Die Repower AG führe den gesamten Netzbetrieb seit dem 26. Mai 2015 (act. 19). 30 Die Rechtsnachfolge auf Grund von Gesamtnachfolge sowie kraft besonderer gesetzlicher Bestimmungen gilt nicht als Parteiwechsel (Art. 4 VwVG i.V.m. Art. 17 Abs. 3 Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947; SR 273; BZP). Eine Fusion wird mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam. In diesem Zeitpunkt gehen alle Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über (Art. 22 Abs. 1 Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung; Fusionsgesetz; FusG; SR 221.301). Die Aktiven und Passiven der Repower Schweiz AG gingen mit Eintrag ins Tagesregister des Handelsregisters vom 26. Mai 2015 (vgl. Schweizerisches Handelsamtsblatt [SHAB] vom 29. Mai 2015; act. 20) auf die Repower AG über. Netzbetreiberin in [...] und [...] und damit Gesuchsgegnerin im vorliegenden Verfahren ist daher die Repower AG (im Folgenden „Gesuchsgegnerin“). 31 Der Gesuchsteller hat bei der ElCom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingereicht. Er ist somit materieller Verfügungsadressat. Ihm kommt Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu. Im vorliegenden Verfahren ist streitig, ob der Gesuchsteller gestützt auf Artikel 8 Absatz 2 StromVV einen anderen Messdienstleister als den Netzbetreiber beauftragen kann. Damit sind sowohl der Gesuchsteller als auch die Gesuchsgegnerin vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren

8/25

Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen. Auch die Gesuchsgegnerin hat daher Parteistellung nach Artikel 6 VwVG. 32 Auf den Antrag des Gesuchstellers wird eingetreten. Der Antrag der Gesuchsgegnerin auf Nichteintreten wird abgewiesen.

E. 2.2

Rechtliches Gehör 33 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren jeweils Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Eingaben der Gegenpartei gegeben. Sämtliche Eingaben und Stellungnahmen wurden der jeweils anderen Partei zur Kenntnisnahme zugestellt. Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die diesen zugrunde liegenden Argumente werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

E. 3

Zugang Dritter zu Messdienstleistungen?

E. 3.1

Gegenstand des Verfahrens 34 Der Gesuchsteller beantragt, die Gesuchsgegnerin sei gestützt auf Artikel 8 Absatz 2 StromVV anzuweisen, ihm die Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters, gegebenenfalls auch für den Betrieb der Messstelle zu erteilen. Nach Angaben des Gesuchstellers weigerte sich die Gesuchsgegnerin, ihm für die Fernauslesung den Wechsel zu einem Messdienstleister zu ermöglichen (act. 1). Der Messdienstleister (Swiss Metering AG) soll die Lastgangmessungen für die drei PV-Anlagen des Gesuchstellers fernauslesen, während der Betrieb der Messstelle bei der Gesuchsgegnerin verbleiben soll (act. 1 und act. 4). 35 Zu prüfen ist nachfolgend daher die Frage, ob die Gesuchsgegnerin verpflichtet ist, dem Gesuchsteller zu ermöglichen, die Lastgangmessungen seiner PV-Anlagen durch einen Messdienstleister fernauslesen zu lassen. Die Frage, ob die Gesuchsgegnerin verpflichtet ist, den Betrieb einer Messstelle auf Wunsch eines Produzenten einem Messdienstleister zu überlassen, ist somit nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

E. 3.2

Kein Monopol der Netzbetreiber für Messdienstleistungen 36 Der Gesuchsteller ist der Auffassung, dass die Netzbetreiber aus der ihnen in Artikel 8 Absatz 1 StromVV anvertrauten Verantwortung für das Messwesen und die Informationsprozesse fälschlicherweise ableiten, dass sie über ein rechtliches Monopol (der Gesuchsteller spricht von gesetzlichem Monopol) verfügen (act. 2). Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, das Messwesen gehöre als zwingend notwendiger Teil für das Funktionieren des Netzbetriebs und des Netznutzungsmodells zum Monopolbereich des Elektrizitätsnetzes. Das Netz als natürliches Monopol unterliege keinem direkten Wettbewerb. Vorgesehen sei nur Wettbewerb auf dem Netz nicht aber um das Netz. Die Netznutzungsgebühren seien daher reguliert (act. 9 Ziff. 1). 37 Ein rechtliches Monopol ist ein Monopol, das auf einem Rechtssatz beruht. Werden bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten den Privaten durch Rechtsnormen untersagt und ausschliesslich dem

9/25

Staat vorbehalten, liegt ein unmittelbar rechtliches Monopol vor. Wird die Benutzung einer öffentlichen Anstalt zwingend vorgeschrieben und werden die Privaten dadurch von der

betreffenden wirtschaftlichen Tätigkeit, die ihnen an sich erlaubt ist, ausgeschlossen, liegt ein mittelbar rechtliches Monopol vor (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, Rz. 2561 ff.). Ein Monopol des Bundes müsste entweder explizit in der Bundesverfassung vorgesehen sein oder gestützt auf eine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes begründet werden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2571).

38 Der Bund erlässt Vorschriften über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie (Art. 91 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV; SR 101). Es handelt sich um eine umfassende Gesetzgebungskompetenz, aufgrund welcher der Bund den Transport und die Lieferung elektrischer Energie monopolisieren könnte (Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1611 ff., nachfolgend Botschaft StromVG, S. 1674).

39 Mit dem Erlass des Stromversorgungsgesetzes hat der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz im Bereich Transport und Lieferung elektrischer Energie Gebrauch gemacht. In Artikel 5 Absatz 1 StromVG werden die Kantone aufgefordert, auf ihrem Gebiet Netzgebiete zu bezeichnen und diese den Netzbetreibern zuzuteilen (Art. 5 Abs. 1 StromVG). Mit der Zuteilung eines Netzgebiets wird den Netzbetreibern eine Anschlusspflicht auferlegt (Art. 5 Abs. 2 StromVG). Das StromVG sieht jedoch kein Recht der Netzbetreiber vor, alle Endverbraucher und Produzenten in ihrem Netzgebiet an ihr Elektrizitätsnetz anzuschliessen (STEFAN RECHSTEINER/MICHAEL WALDNER, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben, AJP 2007, S. 1288-1298, S. 1291). In Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe a StromVG ist lediglich vorgesehen, dass die Netzbetreiber ein sicheres, leistungsfähiges und effizientes Netz gewährleisten. Daraus kann jedoch kein rechtliches Monopol für Bau und Betrieb elektrischer Anlagen abgeleitet werden. Auch für die Lieferung von Energie ergibt sich aus der Zuteilung eines Netzgebiets kein rechtliches Monopol. Aus Artikel 6 StromVG ergibt sich zwar eine Lieferpflicht der Verteilnetzbetreiber, jedoch kein Liefermonopol. Die Übertragung eines Versorgungsauftrags ist nicht gleichbedeutend mit der Einräumung eines rechtlichen Monopols (BGE 141 II 141, E. 4.4; RECHSTEINER/WALDNER, a.a.O., S. 1291). Das StromVG sieht somit weder für Bau und Betrieb elektrischer Anlagen noch für die Lieferung von Energie ein rechtliches Monopol vor.

40 Von den rechtlichen Monopolen unterscheiden Lehre und Praxis die natürlichen Monopole. Natürliche Monopole sind durch die Natur der Sache, insbesondere durch ökonomische Faktoren bedingt (RICCARDO JAGMETTI, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. VII: Energierecht, Basel 2005, Rz. 2431). Ist es einem Unternehmen möglich, den relevanten Markt zu niedrigeren kostendeckenden Preisen zu versorgen, als dies für zwei oder mehrere Unternehmen möglich ist, welche zu denselben Bedingungen Zugang zu derselben Technologie haben wie das erstgenannte Unternehmen, so hat Ersteres ein natürliches Monopol inne. Dies ist dann der Fall, wenn die fixen Kosten im Verhältnis zur Nachfrage sehr hoch sind (STEFAN RECHSTEINER, Rechtsfragen des liberalisierten Strommarktes in der Schweiz, Diss. Basel, Zürich 2001, S. 6). Da es sich aufgrund des aktuellen Standes der Technik zurzeit nicht lohnt, neben einem bereits bestehenden Elektrizitätsnetz weitere Elektrizitätsnetze aufzubauen, stellt dieses ein natürliches Monopol dar (siehe auch Botschaft StromVG, S. 1619; SIMONE WALTHER, Kooperative Steuerungsinstrumente im schweizerischen Stromversorgungsrecht, Zürich 2014, S. 27 f.).

41 Das Messwesen wird unterteilt in Messstellenbetrieb und Messdienstleistung (Infoveranstaltung der ElCom 2014, Folie 35, abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Veranstaltungen > Informationsveranstaltungen für Netzbetreiber). Der VSE arbeitet mit einer ähnlichen Aufteilung. Er unterteilt die Messdatenbereitstellung in die Prozessschritte Betrieb der Messstelle, Erfassung der Daten, Aufbereitung der Daten und Verarbeitung der Daten (act. 9 Beilage; VSE, Metering Code, MC – CH 2015, Tabelle 2, S. 19). Der Prozessschritt „Betrieb der Messstelle entspricht dem von der ElCom als Messstellenbetrieb bezeichneten Teil des Messwesens. Die ElCom fasst die Prozessschritte „Erfassung der Daten“, „Aufbereitung der Daten“ und „Verarbeitung der Daten“ unter dem Titel Messdienstleistungen zusammen. Für diese drei Prozessschritte möchte der Gesuchsteller einen Messdienstleister anstelle der Gesuchsgegnerin beauftragen. Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob die Messdienstleistungen für sich alleine ein Monopol darstellen. 42 In Artikel 8 Absatz 1 StromVV wird den Netzbetreibern die Verantwortung für das Messwesen und die Informationsprozesse übertragen. Artikel 8 StromVV macht ausserdem einige wenige Vorgaben zum Thema Messwesen und Informationsprozesse. Im Stromversorgungsgesetz hingegen wird das Messwesen nicht explizit genannt. Zur Begründung eines rechtlichen Monopols wird eine formell-gesetzliche Grundlage benötigt. Eine Verordnungsbestimmung reicht dazu nicht aus (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2014, § 45 N 9). Selbst wenn sich eine Monopolisierung des Messwesens aus der Übertragung der Verantwortung für das Messwesen auf die Netzbetreiber gemäss Artikel 8 Absatz 1 StromVV ableiten liesse, könnte dadurch kein rechtliches Monopol begründet werden, da die Verordnungsbestimmung als Grundlage ungenügend ist. Für das Messwesen (inkl. Messdienstleistungen) besteht somit kein rechtliches Monopol. 43 Um Messdienstleistungen erbringen zu können, müsste dem Messdienstleister an der Schnittstelle zwischen Messgerät und Zählerfernauslesung Zugang zu den Daten gewährt werden (vgl. Abbildung 1). Für diese Schnittstelle existiert eine universelle und abstrakte Sprache für die Zählerkommunikation (device language message specification; DLMS1). Diese ist in der IEC2-Norm 61334-4-41 standardisiert. Aufgrund der genormten Datenkommunikation, welche herstellerunabhängig funktioniert, kann auch ein Dritter die Messdienstleistungen erbringen. Die Tatsache, dass viele (insb. kleine) Netzbetreiber die Messdienstleistungen insgesamt an einen Messdienstleister auslagern und in Deutschland sowohl Messstellenbetrieb als auch Messdienstleistungen von Dritten erbracht werden können (§ 21b Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 07.07.2005, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG; § 5 Verordnung über Rahmenbedingungen für den Messstellenbetrieb und die Messung im Bereich der leitungsgebundenen Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 17.10.2008, Messzugangsverordnung, MessZV) zeigt auch, dass einer Auslagerung zumindest aus technischer Sicht nichts im Weg steht. Ökonomische Gründe dafür, dass nur der Netzbetreiber oder der von ihm beauftragte Messdienstleister die Messdienstleistungen erbringen können, sind keine ersichtlich (act. 13, Ziff. 5). Folglich handelt es sich bei den vorliegend zu beurteilenden Messdienstleistungen auch nicht um ein natürliches Monopol der Netzbetreiber (RECHSTEINER, a.a.O., S. 166).

1 <http://www.dlms.com/index2.php> 2 International Electrotechnical Commission: Für die Schweiz nimmt electrosuisse teil, <http://www.iec.ch/dyn/www/f?p=103:5:0>.

Abbildung 1

44 Man könnte sich zudem fragen, ob für Messdienstleistungen ein faktisches Monopol der Netzbetreiber vorliegt. Ein faktisches Monopol liegt vor, wenn ein Gemeinwesen aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten, insbesondere wegen der Hoheit über öffentliche Sachen, Private von einer ihnen an sich nicht verbotenen wirtschaftlichen Tätigkeit ausschliesst (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2568). Das Gemeinwesen schliesst über die Vergabe von Konzessionen zur Benützung des öffentlichen Grundes für den Bau von Elektrizitätsleitungen und über die Zuteilung von Netzgebieten (Art. 5 Abs. 1 StromVG) Dritte von der Möglichkeit, ein Elektrizitätsnetz zu betreiben, aus. Die Messgeräte befinden sich in der Regel jedoch nicht auf öffentlichem Grund, so dass es mit Bezug auf das Messwesen und damit auch auf die Messdienstleistungen nicht das Gemeinwesen ist, welches Dritte von einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausschliesst. 45 Es besteht somit für die Messdienstleistungen weder ein rechtliches noch ein natürliches noch ein faktisches Monopol der Netzbetreiber.

E. 3.3

Teilweiser Wettbewerb im Messwesen 46 Der Gesuchsteller wirft der Gesuchsgegnerin implizit die Verhinderung von Wettbewerb im Bereich der Messdienstleistungen vor, indem sie ihre Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters verweigert (act. 1). Die Gesuchsgegnerin stellt sich dagegen auf den Standpunkt, das Messwesen sei als zwingend notwendiger Teil für das Funktionieren des Netzbetriebs zum Monopolbereich des Elektrizitätsnetzes zu zählen (act. 9, Ziff. 1). Es stellt sich daher die Frage, ob das Stromversorgungsrecht im Bereich der Messdienstleistungen Wettbewerb vorsieht.

E. 3.3.1

Messwesen im StromVG 47 Das Messwesen wird im StromVG nicht explizit erwähnt. In der Botschaft StromVG wird festgehalten, dass der effiziente Netzbau und –unterhalt als regulierter Bereich gilt und nicht dem

12/25

Wettbewerb ausgesetzt ist. In einem neuen Satz wird auf die Kundennähe der Verteilnetzbetreiber hingewiesen, welche diese als Stärke für Beratung sowie Mess- und Abrechnungswesen nutzen können (Botschaft StromVG, a.a.O., S. 1672). Der Bundesrat ging davon aus, dass die monopolistischen Strukturen im Netzbereich auch nach Einführung des StromVG bestehen bleiben (Botschaft StromVG, a.a.O., S. 1660). Im Bereich des Mess-, Zähl- und Abrechnungswesens sollte sich nach Ansicht des Bundesrates für innovative Elektrizitätsversorgungsunternehmen eine Expansionsmöglichkeit ergeben (Botschaft StromVG S. 1673). Der Bundesrat ging somit zumindest von einer Wettbewerbsmöglichkeit unter Verteilnetzbetreibern aus, indem diese Mess- und Abrechnungsdienstleistungen für andere Verteilnetzbetreiber erbringen. Andernfalls würde der Hinweis auf Expansionsmöglichkeiten keinen Sinn ergeben. In den Protokollen zur parlamentarischen Beratung des StromVG wurde das Messwesen nicht thematisiert. Bereits in der Botschaft zum vom Volk abgelehnten Elektrizitätsmarktgesetz mutmaßte der Bundesrat, dass die individuelle Verbrauchsmessung nach wie vor durch die Verteilunternehmen erfolgen dürfte. Da eine teure und inadäquate Messung den Wettbewerb massgeblich behindern kann, sollte es daher möglich sein, dass auch diese Dienstleistung am Markt beschafft werden kann (Botschaft zum Elektrizitätsmarktgesetz (EMG) vom 7. Juni 1999, BBl 1999 7370 ff., 7391). Wenn für die Messdienstleistungen

unter den Verteilnetzbetreibern Wettbewerb möglich ist, ist grundsätzlich nicht ersichtlich, warum diese Dienstleistung nicht auch von Dritten, welche keine Verteilnetzbetreiberfunktion innehaben, erbracht werden können soll. In den Materialien zum StromVG finden sich allerdings keine Hinweise zum Umgang mit Messdienstleistern, die nicht zugleich Verteilnetzbetreiber sind. 48 Das Elektrizitätsnetz ist ein natürliches Monopol (vgl. Rz. 40). Aus ökonomischer Sicht ist ein natürliches Monopol ein Fall von Marktversagen (RECHSTEINER, a.a.O., S. 6 f.). Da im Netzbereich monopolistische Verhältnisse mit der Einführung des StromVG bestehen blieben, sah der Gesetzgeber als Ersatz für die in diesem Bereich fehlenden Marktkräfte, ergänzend zur im Gesetz vorgesehenen Regulierung, eine Überwachung durch die ElCom zum Zwecke der Sicherstellung der Versorgung einerseits und zur Verhinderung des Missbrauchs der Monopolstellung andererseits vor (Botschaft StromVG, S. 1660). Nachfolgend ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber die Messdienstleistungen als Teil des Elektrizitätsnetzes und damit des regulierten Bereichs betrachtete. 49 Ein Elektrizitätsnetz ist eine Anlage aus einer Vielzahl von Leitungen und den erforderlichen Nebenanlagen zur Übertragung und Verteilung von Elektrizität (Art. 4 Abs. 1 Bst. a StromVG). Als Nebenanlagen zählt die Stromversorgungsverordnung für das Übertragungsnetz u.a. Mess-, Steuer- und Kommunikationseinrichtungen auf (Art. 2 Abs. 2 Bst. b StromVV). Grundsätzlich unterscheiden sich die Nebenanlagen von Übertragungs- und Verteilnetz nicht. Die Mess-, Steuer- und Kommunikationseinrichtungen gelten daher auch im Verteilnetz als Nebenanlagen und damit als Teil des Elektrizitätsnetzes. Ausserdem gelten die Betriebs- und Kapitalkosten eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes als anrechenbare Kosten (Art. 15 Abs. 1 StromVG). Als Betriebskosten gelten die Kosten für die mit dem Betrieb der Netze direkt zusammenhängenden Leistungen (Art. 15 Abs. 2 StromVG). Unter die Leistungen, die mit dem Betrieb des Netzes direkt zusammenhängen, fallen gemäss Botschaft StromVG auch die Leistungen für das Mess- und Abrechnungswesen (Botschaft StromVG, S. 1653). 50 Der Gesuchsteller macht geltend, bei den Messdienstleistungen handle es sich um individuell in Rechnung gestellte Kosten im Sinn von Artikel 14 Absatz 3 Buchstabe d StromVG (neu: Art. 14 Abs. 3bis StromVG), welche nicht zum Netznutzungsentgelt zählten und damit nicht als Bestandteil des Netzbetriebes gelten (act. 11, S. 2). Die den Produzenten in Rechnung gestellten Kos-

13/25

ten für Lastgangmessungen im Sinne von Artikel 8 Absatz 5 StromVV sind nicht dem Netznutzungsentgelt zuzurechnen, da Produzenten kein solches schulden (Art. 14 Abs. 2 StromVG e contrario). Mit Bezug auf Kosten einer Lastgangmessung von Produzenten ist es somit richtig, dass es sich dabei um individuell in Rechnung gestellte Kosten im Sinne von Artikel 14 Absatz 3bis StromVG handelt, welche nicht Teil des Netznutzungstarifs sind (Botschaft StromVG, S. 1652). Es ist allerdings nicht ersichtlich, inwiefern aus einer individuellen Kostenanlastung geschlossen werden kann, dass Messdienstleistungen nicht Bestandteil des Netzbetriebes sind und daher dem Wettbewerb offen stehen sollen. Hinzu kommt, dass sich die Kosten einer Lastgangmessung eines Endverbrauchers nicht von denjenigen eines Produzenten unterscheiden. Auch wenn die Kosten einer Lastgangmessung eines Produzenten nicht dem Netznutzungsentgelt zuzurechnen sind, so sind die gegenüber Endverbrauchern und Produzenten erbrachten Messdienstleistungen insgesamt dennoch Teil des Netzbetriebs. 51 Ein weiterer Hinweis, dass der Gesetzgeber die Messkosten als Teil des Netznutzungsentgelts und damit das Messwesen als Aufgabe

der Netzbetreiber betrachtet, ergibt sich aus der Bestimmung zur Rechnungsstellung. Die Netzbetreiber stellen für die Netznutzung transparent und vergleichbar Rechnung. Die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen und die Zuschläge auf die Übertragungskosten des Hochspannungsnetzes sind gesondert auszuweisen. Soweit die Netzbetreiber auch Endverbraucher mit Elektrizität beliefern, ist dies auf der Rechnung getrennt auszuweisen (Art. 12 Abs. 2 StromVG). Hätte der Gesetzgeber die Messkosten, insbesondere die Messdienstleistungen, als einen dem Wettbewerb ausgesetzten Bereich verstanden, hätte er in Analogie zu Artikel 12 Absatz 2 letzter Satz StromVG vorschreiben müssen, dass der Netzbetreiber die Messdienstleistungen, sofern er gegenüber den Endverbrauchern solche erbringt, auf der Rechnung getrennt ausweisen muss.⁵² Aus den Materialien und der Systematik des StromVG lässt sich somit ableiten, dass der Gesetzgeber Messeinrichtungen als Teil des Elektrizitätsnetzes, die entsprechenden Kosten - sofern sie beim Endverbraucher anfallen - als Teil des Netznutzungsentgeltes und damit das Messwesen als Aufgabe der Netzbetreiber betrachtet. Die Stromversorgungsgesetzgebung ist daher nicht auf Wettbewerb im Messwesen ausgerichtet.⁵³ Im schweizerischen Messwesen erteilen Verteilnetzbetreiber heute faktisch nur solchen Messdienstleistern ihre Zustimmung, welche auf ihren Wunsch sämtliche Messdienstleistungen im Netzgebiet erbringen. Damit werden die Messdienstleistungen für sämtliche Endverbraucher und Produzenten abgedeckt. Einzelne dritte Messdienstleister, welche ihre Dienstleistungen nur für einen oder wenige Produzenten oder Endverbraucher auf deren Wunsch anbieten, werden nach Kenntnis der ECom bisher von den Netzbetreibern nicht zur Erbringung von Messdienstleistungen zugelassen. Mit Bezug auf Messdienstleistungsgesamtpakete besteht somit ein gewisser Wettbewerb. Weil das Messwesen traditionell als Aufgabe der Netzbetreiber betrachtet wird und das Stromversorgungsrecht weder auf Wettbewerb in diesem Bereich ausgerichtet ist, noch eine Rechtsgrundlage zur Durchsetzung von Wettbewerb enthält (vgl. dazu nachfolgend), ist im Bereich der Einzelmessdienstleistungen bisher kein Wettbewerb entstanden.

14/25

E. 3.3.2

Notwendige Regelungsstufe für Liberalisierung⁵⁴ Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen (Art. 164 Abs. 1 BV), u.a. wenn es sich um grundlegende Bestimmungen über die Rechte und Pflichten von Personen (Art. 164 Abs. 1 Bst. c BV) handelt. Die Wichtigkeit einer Bestimmung ergibt sich aus der Intensität des Eingriffs, der Zahl der von der Regelung Betroffenen, der finanziellen Bedeutung und der Akzeptierbarkeit (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 397 ff.). Das Bundesgericht hielt in einem Urteil zur Interkonnektionspflicht fest, dass es zur Festlegung der erforderlichen Normstufe genüge, auf die allgemeinen Rechtswirkungen der Interkonnektion abzustellen. Diese regle unmittelbar die Rechte und Pflichten der betroffenen Fernmeldediensteanbieter und zeitige mittelbar Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Benutzer der Telekommunikation. Die wirtschaftlichen Folgen einer Entbündelung des Teilnehmeranschlusses seien erheblich. Sie müssten daher demokratisch diskutiert und entschieden werden. Das sei angesichts der Bedeutung der sich stellenden Fragen nur im Gesetzgebungsprozess möglich (BGE 131 II 13, E. 6.4.2). Eine Liberalisierung des Messwesens betrifft die Rechte und Pflichten von Netzbetreibern, Produzenten und Endverbrauchern. Im Rahmen einer Liberalisierung des Messwesens stellt sich die Frage, ob alle Endverbraucher und Produzenten die Möglichkeit erhalten

sollen, ihren Messstellenbetreiber bzw. Messdienstleister zu wählen, oder ob dieses Recht nur bestimmten Kategorien von Endverbrauchern und Produzenten zukommen soll. Selbst wenn nur die Messdienstleistungen für Endverbraucher mit Netzzugang (rund 28'000 Endverbraucher der 80 grössten Verteilnetzbetreiber sind marktberechtigt; vgl. Tätigkeitsbericht der ElCom 2014, S. 22) sowie für Produzenten liberalisiert würden, wäre die Zahl der Betroffenen erheblich. Je nach Ausgestaltung einer allfälligen Liberalisierung wäre diese auch von grosser finanzieller Tragweite. Die Netzbetreiber gehen zurzeit davon aus, dass nur sie bzw. Dritte nur mit ihrer Zustimmung im Messwesen tätig sein können. Eine Liberalisierung des Messwesens würde somit teilweise zu einer Umverteilung der über das Messwesen generierten Einnahmen führen. Insbesondere aufgrund der finanziellen Konsequenzen ist mit Widerstand der Netzbetreiber gegen eine Liberalisierung des Messwesens zu rechnen. Aufgrund der grossen Zahl der von einer Liberalisierung des Messwesens betroffenen Netzbetreiber, Endverbraucher und Produzenten, der nicht unerheblichen finanziellen Konsequenzen sowie der mutmasslich geringen Akzeptanz bei einem Teil der von einer Liberalisierung des Messwesens Betroffenen ist dazu eine explizite gesetzliche Grundlage notwendig. Diese existiert noch nicht. Immerhin hat der Nationalrat einen Antrag von Nationalrat Jürg Grossen vom 26.11.2014 angenommen: Die Messung des Eigenverbrauchs soll in Zukunft durch Netzbetreiber oder diskriminierungsfrei auch durch Produzenten erfolgen können (13.074 n Energiestrategie 2050, erstes Massnahmenpaket. Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie [Atomausstiegsinitiative]; Volksinitiative UREK, Wintersession 2014 – N1/07). Die Frage der Nationalrätin Aline Trede vom 03.12.2014, ob der Bundesrat eine Marktöffnung für Lastgangmessungen unterstütze, bejahte der Bundesrat mit Verweis auf den Antrag Grossen. Der Bundesrat sehe zudem vor, die Frage der Liberalisierung des Messwesens im Rahmen der Revision des Stromversorgungsgesetzes anzugehen (14.5644 – Fragestunde. Frage. Fotovoltaikanlagen. Lastgangmessung vor Einführung der Marktöffnung?).

15/25

E. 3.4

Keine Kontrahierungspflicht im StromVG 55 Würde ein Recht des Produzenten auf Wahl eines Messdienstleisters bejaht, käme dies einer Kontrahierungspflicht zulasten des Netzbetreibers gleich. Der Gesuchsteller geht davon aus, dass die Netzbetreiber verpflichtet sind, Rahmenverträge mit Messdienstleistern abzuschliessen und diesen dadurch die Zustimmung zur Erbringung von Messdienstleistungen zu erteilen (act. 2). Die Gesuchsgegnerin bestreitet das Vorliegen eines Kontrahierungszwangs zulasten des Netzbetreibers (act. 13, S. 3). Für den Gesuchsteller ist zudem nicht nachvollziehbar, weshalb ein Endverbraucher bzw. Produzent gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit nicht das günstigere Angebot eines dritten Messdienstleisters anstelle der Messdienstleistung des Netzbetreibers in Anspruch nehmen darf (act. 11, S. 3). Die Gesuchsgegnerin ist der Auffassung, es handle sich bei den Messdienstleistungen um ein Monopol der Netzbetreiber, wodurch andere Personen und Unternehmungen von diesen Aufgaben ausgeschlossen seien. Der Verweis auf die Wirtschaftsfreiheit gehe daher fehl (act. 13, S. 4). 56 Unter Wirtschaftsfreiheit wird das Recht des Einzelnen verstanden, uneingeschränkt von staatlichen Massnahmen jede privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit frei auszuüben und einen privatwirtschaftlichen Beruf frei zu wählen (HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 628). Die Wirtschaftsfreiheit schützt nur vor Eingriffen des Staates und beinhaltet kein gerichtlich durchsetzbares Recht auf staatliche Leistungen. Einen Schutz vor

Eingriffen von Privaten bietet die Wirtschafts- freiheit nicht (HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 650 ff.). Der Gesetzgeber ist jedoch verpflichtet, Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und Wettbewerbsbeschränkungen zu erlassen (KLAUS A. VALLENDER in: Ehrenzeller, Schindler, Schweizer, Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 27 Rz. 7). 57 Der Gesuchsteller beantragt, die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, ihre Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters zu erteilen. Damit verlangt er eine Leistung der Gesuchsgeg- nerin. Da die Wirtschaftsfreiheit keine Anspruchsgrundlage für die Durchsetzung einer Leistung bietet, erübrigt sich vorliegend eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob es sich bei der ver- langten Zustimmung überhaupt um eine staatliche Leistung handelt. 58 Abgeleitet aus der Wirtschaftsfreiheit gemäss Artikel 27 der Bundesverfassung der Schweizeri- schen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) gilt im Vertragsrecht das Grundprin- zip der Vertragsfreiheit. Darin enthalten ist unter anderem die Freiheit, einen Vertrag abzu- schliessen oder auch nicht sowie die freie Wahl des Vertragspartners (PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Zürich 2014, Rz. 612 ff.). Die Vertragsfreiheit wird teilweise durch gesetzliche Kon- trahierungspflichten eingeschränkt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O. Rz. 621). Un- ter Kontrahierungspflicht wird die Pflicht zum Abschluss eines bestimmten Vertrags mit einem Berechtigten verstanden. Mit einer gesetzlichen Kontrahierungspflicht können Staat oder Pri- vate durch Gesetz bzw. darauf beruhende Verordnungen oder Konzessionen verpflichtet sein, bestimmte Privatverträge abzuschliessen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O. Rz. 1102 ff.). Die Vertragsfreiheit ist kein eigenständiges Grundrecht, sondern Instrument zur Ver- wirklichung der verfassungsmässig garantierten Freiheitsrechte, welche im Rahmen von Verträ- gen ausgeübt werden (RUTH ARNET, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Bern 2008, Rz. 158).

16/25

59 Die Rechtsprechung geht davon aus, dass eine Kontrahierungspflicht grundsätzlich einer aus- drücklichen Gesetzesbestimmung bedarf (BGE 129 III 35 E. 6.2 f.). Die Lehre zieht als Rechts- grundlage für eine allgemeine Kontrahierungspflicht auch den Persönlichkeitsschutz gemäss Artikel 28 ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907; SR 210), das Ver- bot sittenwidriger Schädigung gemäss Artikel 41 Absatz 2 OR (Bundesgesetz betreffend die Er- gänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911; SR 220) und das allge- meine Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Artikel 2 Absatz 2 ZGB in Erwägung. Voraussetzung, dass diese allgemeine Kontrahierungspflicht zum Tragen kommt, ist die marktbeherrschende oder massgeblich beeinflussende Stellung des Anbietenden einerseits und die Zugehörigkeit der nachgefragten Güter zum gesellschaftlich unabdingbaren Normalbedarf andererseits (RUTH ARNET, a.a.O., Rz. 56). Vorliegend verweigert der Netzbetreiber die Erteilung der Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters. Damit verweigert er nicht per se die Erbringung von Messdienstleistungen, sondern verunmöglicht das Erbringen dieser Leistung durch einen Drit- ten. Der Produzent muss folglich nicht auf die Leistung verzichten. Ob Messdienstleistungen als zum gesellschaftlich unabdingbaren Normalbedarf gehörende Dienstleistungen zu zählen sind und ob die ECom für die Prüfung

zuständig wäre (vgl. BGE 141 II 141 E. 5.4.4), kann vorliegend somit offen gelassen werden. Nachfolgend verbleibt zu prüfen, ob die Stromversorgungsgesetzgebung eine Kontrahierungspflicht des Netzbetreibers vorsieht. 60 Die Bestimmungen des StromVG sind auf eine Regulierung des natürlichen Monopols des Netzes ausgerichtet. Die Netzbetreiber sind verpflichtet, Dritten diskriminierungsfrei den Netzzugang zu gewähren (Art. 13 Abs. 1 StromVG). Der Netzzugang wird definiert als Recht auf Netznutzung, um von einem Lieferanten freier Wahl Elektrizität zu beziehen oder Elektrizität in ein Netz einzuspeisen (Art. 4 Abs. 1 Bst. d StromVG). Der Anspruch auf Netzzugang umfasst somit keinen Anspruch auf Wahl des Messdienstleisters. Artikel 13 Absatz 1 StromVG begründet einen Rechtsanspruch auf Netznutzung. Der sogenannte Netzzugang sichert die Freiheit natürlicher und juristischer Personen, von einem Lieferanten freier Wahl Elektrizität zu beziehen oder Elektrizität in ein Netz einzuspeisen (Botschaft StromVG, S. 1650). Das Gesetz gewährt Endverbrauchern und Produzenten einen Anspruch darauf, über das Netz miteinander in Kontakt zu treten und vertraglich die Lieferung und Abnahme von elektrischer Energie zu vereinbaren. Für die Abwicklung der Energielieferverträge sind Messungen vorzunehmen und damit Messdienstleistungen zu erbringen. Wer die Messungen vorzunehmen hat bzw. vornehmen darf, wird nirgends explizit thematisiert. Da traditionellerweise nicht der Energielieferant, sondern der Netzbetreiber die Messung vornimmt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber den Endverbrauchern und Produzenten mit der Möglichkeit, von einem Lieferanten freier Wahl Elektrizität zu beziehen, auch die Möglichkeit einräumen wollte, den Messdienstleister frei zu wählen. Dies auch deshalb, weil das Stromversorgungsgesetz nicht auf Wettbewerb im Messwesen ausgerichtet ist (vgl. Rz. 53). Aus Artikel 13 Absatz 1 StromVG kann somit im Bereich der Messdienstleistungen kein Kontrahierungszwang zulasten der Netzbetreiber abgeleitet werden. Weitere gesetzliche Bestimmungen, aus welchen ein Kontrahierungszwang zulasten der Netzbetreiber abgeleitet werden könnten, sind nicht ersichtlich.

E. 3.5

Artikel 8 Absatz 2 StromVV 61 Der Gesuchsteller beantragt, die Gesuchsgegnerin sei gestützt auf Artikel 8 Absatz 2 StromVV zu verpflichten, ihm ihre Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters zu erteilen. Er vertritt die Auffassung, weder aus Artikel 8 Absatz 2 StromVV, noch aus dem Gesetz, noch aus den Materialien gehe hervor, dass Messdienstleister ausschliesslich durch den Netzbetreiber beauf-

17/25

tragt werden können, wie dies die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 14. Oktober 2014 (act. 9, S. 4) behauptet. Dies ergebe sich auch aus zahlreichen Veröffentlichungen der ElCom bzw. des Fachsekretariates (act. 11, S. 2). 62 Obwohl eine Kontrahierungspflicht sowie die Liberalisierung des Messwesens wie vorstehend gesehen, grundsätzlich einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfen (Rz. 54 sowie 55 ff.), wird aufgrund des Antrages des Gesuchstellers geprüft, ob er gestützt auf Artikel 8 Absatz 2 StromVV einen Anspruch auf einen Wechsel des Messdienstleisters hat.

E. 3.5.1

Richtlinien 63 Die Netzbetreiber sorgen für die Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes (Art. 8 Absatz 1 Bst. a StromVG). Gestützt darauf legte der Verordnungsgeber fest, dass die Netzbetreiber für das Messwesen und die

Informationsprozesse verantwortlich sind. In von ihnen festzulegenden Richtlinien sollen die Pflichten der Beteiligten, der zeitliche Ablauf und die Form der zu übermittelnden Daten geregelt werden. Diese Richtlinien müssen vorsehen, dass Dienstleistungen im Rahmen des Mess- und Informationswesens mit Zustimmung des Netzbetreibers auch von Dritten erbracht werden können (Art. 8 Abs. 2 StromVV).⁶⁴ Gemäss dem Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE) stellt der Metering Code Schweiz die von der Branche erarbeitete und vernehmlassete Richtlinie zum Mess- und Informationswesen im Sinne von Artikel 8 Absatz 2 StromVV dar (VSE, Messkosten, MK – CH 3. September 2014, Ziff. 1.3, S. 8). Nach Ansicht des VSE bildet das Mess- und Informationswesen einen Teil des Netzbetriebs. Das Mess- und Informationswesen bestehe aus dem eigentlichen Messstellenbetrieb (Eichung, Unterhalt, Kapitalkosten, etc.) sowie aus den verschiedenen Messdienstleistungen von der Erfassung, über die Auf- und Verarbeitung bis zur Lieferung der entsprechenden Messdaten (VSE, MK – CH 2014, S. 9). Im Metering Code Schweiz hält der VSE fest, dass der Verteilnetzbetreiber die Messdatenbereitstellung für verschiedene Marktakteure des Strommarktes wahrnehme (VSE, Metering Code, MC – CH 2015, S. 18). Dabei sei der Netzbetreiber verpflichtet, den berechtigten Marktakteuren alle benötigten Daten zeitgerecht und qualitativ einwandfrei zur Verfügung zu stellen. Er könne die Dienstleistung selber erbringen oder dafür ganz oder teilweise Dritte beauftragen (VSE, MC – CH 2015, S. 13). Messeinrichtungen dürften nur durch den Netzbetreiber oder von ihm beauftragte Dritte plombiert, deplombiert, entfernt oder versetzt werden, und nur diese dürften die Stromzufuhr zu einer Anlage herstellen oder unterbrechen und die notwendige Messeinrichtung ein- oder ausbauen (VSE, MC – CH 2015, S. 32). Der Netzbetreiber, bzw. der für die Datenbereitstellung Beauftragte, treffe die erforderlichen Schutzvorkehrungen für den Schutz der Daten (VSE, MC – CH 2015, S. 43).⁶⁵ Der vom VSE als Richtlinie im Sinne von Artikel 8 Absatz 2 StromVV bezeichnete Metering Code erwähnt somit zwar, dass ein Verteilnetzbetreiber einen Dritten mit der Bereitstellung der Daten beauftragen kann. Angaben dazu, welche Voraussetzungen ein Dritter zur Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen des Mess- und Informationswesens erfüllen muss, sind im Metering Code jedoch nicht enthalten.⁶⁶ In diesem Zusammenhang kann sich auch die Frage der Rechtsnatur von Richtlinien nach Artikel 27 Absatz 4 StromVV, insbesondere hinsichtlich der Frage einer Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen, stellen. Die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf Private

18/25

setzt eine verfassungsrechtliche Grundlage voraus, da die Schaffung verbindlichen Rechts grundsätzlich staatlichen Organen vorbehalten ist (Art. 163 ff. und 182 BV). Mangels verfassungsrechtlicher Grundlage für eine Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf Private im Energierecht (vgl. insb. Art. 91 Abs. 1 BV) sowie mangels expliziter Delegation im StromVG als Gesetz im formellen Sinne kommt den Richtlinien der Branche kein hoheitlicher Charakter zu. Die Bestimmungen der Stromversorgungsverordnung, welche auf die Richtlinien der Netzbetreiber Bezug nehmen, werden als indirekte Verweisungen auf diese Richtlinien verstanden. Die ElCom prüft daher im Streitfall, welche Lösung die Branchendokumente vorsehen und übernimmt sie, sofern sie diese als sachgerecht erachtet (vgl. Mitteilung der ElCom vom 1. Februar 2010, Verfügung der ElCom vom 11. November 2010 [922-09-005], Rz. 38).⁶⁷ Nachdem die Branche nicht festlegt, unter welchen Voraussetzungen ein Dritter zur Erbringung von Dienstleistungen

im Rahmen des Messwesens zuzulassen ist, ist zu prüfen, ob die ElCom die Zulassung eines Dritten gestützt auf Artikel 8 Absatz 2 StromVV sowie ihre Mitteilung vom 12. Mai 2011 verfügen kann.

E. 3.5.2

Mitteilung der ElCom vom 12. Mai 2011 68 Die ElCom hielt in ihrer Mitteilung vom 12. Mai 2011 betreffend Messkosten und Zugriff auf Messdaten fest, die Zustimmung dürfe nur verweigert werden, wenn dadurch der sichere Netz- betrieb gefährdet sei. Sie leitete diese Einschränkung aus dem erläuternden Bericht zur StromVV ab: „Wenn Dritte die Dienstleistungen im Rahmen des Messwesens und der Informa- tionsprozesse erbringen können, soll dies möglich sein. Diese Dritten werden für diese Leistung nach Vereinbarung entschädigt“ (Stromversorgungsverordnung: Erläuternder Bericht zum Ver- nehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007, hiernach: Erläuternder Bericht StromVV, S. 3). 69 Die Gesuchsgegnerin weist in ihrer Stellungnahme vom 3. Oktober 2014 (act. 9, S. 5) darauf hin, dass im Vernehmlassungsentwurf der Stromversorgungsverordnung vom 27. Juli 2007 in Artikel 9 Absatz 1, welcher dem heutigen Artikel 8 Absatz 2 StromVV entspricht, vorgesehen war, „dass Dienstleistungen im Rahmen des Mess- und Informationswesens auch von Dritten erbracht werden können.“ Der Bundesrat habe in die definitive Version der Stromversorgungs- versorgung jedoch den Zusatz „mit Zustimmung des Netzbetreibers“ (heutiger Art. 8 Abs. 2 StromVV) aufgenommen. Die gemäss Mitteilung der ElCom vom 12. Mai 2011 für die Verweige- rung der Zustimmung notwendige Voraussetzung der Gefährdung des sicheren Netzbetriebs, könne daher weder aus dem Gesetz noch aus den Materialien abgeleitet werden (act. 9, S. 7). 70 Es ist nachfolgend zu prüfen, ob an der bisherigen Auslegung von Artikel 8 Absatz 2 StromVV der ElCom festgehalten werden kann und ein Netzbetreiber die Zustimmung zur Zulassung ei- nes Messdienstleisters nur verweigern darf, wenn der sichere Netzbetrieb gefährdet ist.

E. 3.5.3

Auslegung von Artikel 8 Absatz 2 StromVV 71 Bei der Auslegung von Artikel 8 Absatz 2 StromVV gelten die üblichen Methoden der Geset- zesauslegung. Es gelangen die grammatikalische, teleologische, systematische, historische und zeitgemässe Auslegungsmethoden zur Anwendung, wobei keine Methode grundsätzlich Vorrang genießt. Es sollen jene Methoden kombiniert werden, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 216 f.).

19/25

E. 3.5.3.1

Grammatikalische Auslegung 72 Bei der grammatikalischen Auslegung ist auf den Wortlaut, den Wortsinn und den Sprachge- brauch abzustellen (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundes- staatsrecht, 8. Auflage, Zürich 2012, Rz. 91). Der Wortlaut von Artikel 8 Absatz 2 StromVV be- sagt, dass Dienstleistungen im Rahmen des Mess- und Informationswesens mit Zustimmung des Netzbetreibers auch von Dritten erbracht werden können. Der Wortlaut ist insofern unklar, als dass aus der Bestimmung nicht hervorgeht, ob die Zustimmung nach der Stromversor- gungsgesetzgebung ohne Angabe eines Grundes oder nur unter bestimmten Voraussetzungen verweigert werden darf. Auch die französische (avec l'accord du gestionnaire de réseau) und die italienische Fassung (con l'approvazione del gestore di rete)

der Bestimmung geben auf diese Frage keine Antwort.

E. 3.5.3.2

Systematische Auslegung 73 Anhand der systematischen Auslegung wird der Sinn einer Bestimmung durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch den systematischen Zusammenhang, in welchem sie sich in einem Erlass präsentiert, eruiert (HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 97). 74 Artikel 8 StromVV ist mit „Messwesen und Informationsprozess“ überschrieben und im 3. Kapitel, welches den Titel „Netznutzung“ trägt, eingeordnet. Er legt in seinem Absatz 1 fest, dass die Netzbetreiber für das Messwesen und die Informationsprozesse verantwortlich sind. Zu Beginn von Absatz 2 wird festgelegt, dass die Netzbetreiber transparente und diskriminierungsfreie Richtlinien bezüglich des Messwesens und der Informationsprozesse festlegen. Diese Richtlinien müssen vorsehen, dass Dienstleistungen im Rahmen des Mess- und Informationswesens mit Zustimmung des Netzbetreibers auch von Dritten erbracht werden können. 75 Gesetzliche Grundlage für Artikel 8 StromVV ist Artikel 8 StromVG. Das Gesetz sieht darin vor, dass die Netzbetreiber ein sicheres, leistungsfähiges und effizientes Netz gewährleisten (Art. 8 Abs. 1 Bst. a StromVG). Diese Bestimmung ist mit „Aufgaben der Netzbetreiber“ überschrieben und dem 2. Abschnitt mit dem Titel „Sicherstellung der Versorgung“ zugeordnet. Ein Netzbetreiber ist somit verpflichtet, Handlungen zu unterlassen, die die Versorgungssicherheit gefährden, weil der sichere und effiziente Betrieb des Netzes nicht mehr gewährleistet werden kann. So gesehen hat ein Verteilnetzbetreiber die Zustimmung zur Erbringung von Messdienstleistungen Dritter zu verweigern, wenn das Erbringen von Messdienstleistungen durch einen Dritten die Versorgungssicherheit gefährden würde. Dass ein Netzbetreiber die Zustimmung zur Erbringung von Messdienstleistungen durch Dritte erteilen muss, sofern ein sicheres, leistungsfähiges und effizientes Netz trotzdem gewährleistet werden kann, lässt sich aus Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe a StromVG jedoch nicht ableiten.

E. 3.5.3.3

Historische Auslegung 76 Die historische Auslegung stellt auf den Sinn ab, den der Gesetzgeber ihr zur Zeit ihrer Entstehung gab. Namentlich bei neueren Erlassen kommt den Materialien und damit der historischen Auslegung eine besondere Stellung zu, da veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis noch keine andere Lösung näher legen (HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 101).

20/25

77 Im Vernehmlassungsentwurf der Stromversorgungsverordnung vom 27. Juli 2007 in Artikel 9 Absatz 1, welcher dem heutigen Artikel 8 Absatz 2 StromVV entspricht war vorgesehen, „dass Dienstleistungen im Rahmen des Mess- und Informationswesens auch von Dritten erbracht werden können.“ In der definitiven Version der heute gültigen Stromversorgungsverordnung nahm der Bundesrat jedoch den Zusatz „mit Zustimmung des Netzbetreibers“ (heutiger Art. 8 Abs. 2 StromVV) auf. Ob die Zustimmung ohne Angabe eines Grundes verweigert werden darf, wird in den Materialien nicht diskutiert. 78 Die Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes ist Aufgabe der Netzbetreiber (Art. 8 Abs. 1 Bst. a StromVG). Entsprechend wurde den Netzbetreibern die Verantwortung für das Messwesen und die Informationsprozesse übertragen (Art. 8 Abs. 1 StromVV). Gestützt auf diese Verantwortung erachtete es der Verordnungsgeber als sachgerecht, dass die Netzbetreiber die Richtlinien zur Festlegung der Pflichten der

Beteiligten im Bereich des Messwesens und der Informationsprozesse festlegen. Dass Dienstleistungen im Rahmen des Mess- und Informationswesens mit Zustimmung des Netzbetreibers auch von Dritten erbracht werden können müssen, ist eine inhaltliche Vorgabe des Ordnungsgebers, welche beim Erstellen der Richtlinien zu beachten ist. Der Ordnungsgeber machte keine Vorgaben zu allfälligen Voraussetzungen, unter welchen die Zustimmung zwingend zu erteilen wäre. Da der Ordnungsgeber den Netzbetreibern die Verantwortung für das Messwesen und die Informationsprozesse übertragen hat, ist davon auszugehen, dass er es ihnen überlassen wollte, unter welchen Voraussetzungen sie die Zustimmung zur Erbringung von Messdienstleistungen durch Dritte geben, solange dadurch nicht die Versorgungssicherheit gefährdet wird (vgl. vorstehend Rz. 75).

E. 3.5.3.4

Zeitgemäss Auslegung 79 Die zeitgemässe Auslegung steht im Gegensatz zur historischen Auslegung und stellt auf das Normverständnis und die Verhältnisse zur Zeit der Rechtsanwendung ab. Die zeitgemässe Auslegung kommt insbesondere in technischen, einem starken Wandel unterworfenen Bereichen oft zur Anwendung (HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 114). 80 Das Messwesen ist ein sehr technischer Bereich, welcher zurzeit insbesondere mit dem Aufkommen von Smart Metern und den Entwicklungen im Bereich der Datenübermittlung einem gewissen Wandel unterworfen ist. Ein im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Stromversorgungsverordnung nicht vorhersehbarer technischer Wandel, der eine von der historischen Auslegung abweichende zeitgemässe Auslegung rechtfertigen würde, ist allerdings nicht ersichtlich.

E. 3.5.3.5

Teleologische Auslegung 81 Da der Wortlaut einer Norm nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit den Zielvorstellungen des Gesetzgebers betrachtet werden soll, stellt die teleologische Auslegung auf die Zweckvorstellung, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist, ab (HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 120 f.). 82 Es stellt sich die Frage, ob aus dem Zweck der Stromversorgungsgesetzgebung abgeleitet werden kann, dass Produzenten, welche eine Lastgangmessung benötigen (Art. 8 Abs. 5 StromVV), einen Anspruch haben, die für die Bewirtschaftung einer Lastgangmessungen notwendigen Dienstleistungen bei einem anderen Anbieter als dem Netzbetreiber zu beziehen.

21/25

83 Das StromVG bezweckt, die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung sowie für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu schaffen (Art. 1 Abs. 1 StromVG). Wie vorstehend festgestellt wurde, kann aus dem Gesetz und den Materialien abgeleitet werden, dass das Messwesen Teil des Netzes und damit durch das Stromversorgungsrecht reguliert ist. Das StromVG ist nicht auf Wettbewerb im Messwesen ausgelegt (Rz. 47 ff.). Aus dem Zweck des StromVG ergibt sich somit kein Grund, weswegen Artikel 8 Absatz 2 StromVV abweichend von seinem Wortlaut und der historischen Auslegung verstanden werden soll. Auch die teleologische Auslegung ergibt somit, dass ein Netzbetreiber die Zustimmung zur Erbringung von Messdienstleistungen durch Dritte ohne Angabe eines Grundes verweigern darf.

E. 3.5.4

Auslegungsergebnis 84 Die Auslegung von Artikel 8 Absatz 2 StromVV ergibt, dass ein Netzbetreiber die Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters ohne Angabe eines Grundes verweigern kann. Die Auffassung der ElCom, gemäss welcher Netzbetreiber die Zustimmung zur Erbringung von Messdienstleistungen durch Dritte nur verweigert werden dürfen, wenn dadurch der sichere Netzbetrieb gefährdet ist (Mitteilung der ElCom vom 12. Mai 2011), deckt sich somit nicht mit der Auslegung von Artikel 8 Absatz 2 StromVV.

E. 3.6

Fazit 85 Die Messdienstleistungen sind kein natürliches Monopol der Netzbetreiber. Aus technischer und ökonomischer Sicht ist Wettbewerb möglich. Der Gesetzgeber betrachtet das Messwesen insgesamt und damit auch die Messdienstleistungen als Teil des Netzbetriebs und reguliert sie in der Stromversorgungsgesetzgebung entsprechend zusammen mit dem Netz. Das aktuelle Stromversorgungsrecht ist nicht auf Wettbewerb im Messwesen ausgerichtet und sieht keine Kontrahierungspflicht des Netzbetreibers im Bereich der Messdienstleistungen vor. Mit Bezug auf Messdienstleistungsgesamtpakete besteht trotzdem ein gewisser Wettbewerb. Im Bereich der Einzelmessdienstleistungen ist bisher jedoch kein Wettbewerb entstanden. Eine allfällige Liberalisierung des Messwesens hat aufgrund ihrer Konsequenzen und der Notwendigkeit der Einführung einer Kontrahierungspflicht auf Gesetzesstufe zu erfolgen. 86 Aus dem StromVG geht kein Anspruch eines Produzenten auf Wahl seines Messdienstleisters hervor. Der Gesuchsteller führt keine Bestimmungen ausserhalb des Stromversorgungsrechts an, welche als Anspruchsgrundlage dienen könnten. Die Auslegung von Artikel 8 Absatz 2 StromVV ergibt, dass ein Netzbetreiber die Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters auch ohne Angabe eines Grundes verweigern darf. Die Auffassung der ElCom, gemäss welcher ein Netzbetreiber die Zustimmung zur Erbringung von Messdienstleistungen durch Dritte nur verweigert werden darf, wenn dadurch der sichere Netzbetrieb gefährdet ist (Mitteilung der ElCom vom 12. Mai 2011), ist somit gestützt auf das Stromversorgungsrecht nicht durchsetzbar. 87 Der Gesuchsteller hat weder gestützt auf Artikel 8 Absatz 2 StromVV noch gestützt auf eine andere Bestimmung der Stromversorgungsgesetzgebung einen Anspruch auf Wahl des Messdienstleisters. Das Gesuch wird abgewiesen.

22/25

E. 4

Keine Praxisänderung der ElCom 88 Den Mitteilungen der ElCom kommt kein Gesetzescharakter zu. Die ElCom erläutert in ihren Mitteilungen, wie sie bestimmte Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen auslegt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Praxisänderung auch zum Nachteil eines Verfügungsadressaten möglich, sofern sie sich auf ernsthafte, sachliche Gründe stützt. Die Gründe für eine Praxisänderung müssen umso gewichtiger sein, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erkannte Rechtsanwendung als zutreffend erachtet worden ist. Eine Praxisänderung lässt sich unter anderem damit begründen, dass die neue Lösung besserer Erkenntnis des Gesetzeszwecks entspricht (Verfügung der ElCom vom 12. März 2012 [952-11-018], Rz. 177; BGE 137 V 282 E. 4.2 m.w.H.). Die Änderung muss grundsätzlich erfolgen und das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung muss gegenüber dem Interessen an der Rechtssicherheit überwiegen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 512 f.). Die ElCom hat bisher noch keine Verfügung betreffend die Wahl eines

Messdienstleisters erlassen, in welcher sie sich diesbezüglich auf ihre Mitteilung vom 12. Mai 2011 gestützt hat. Die Netzbetreiber setzten die Mitteilung der ElCom vom 12. März 2011 mit Bezug auf die Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters bisher nicht um. Insofern besteht bezüglich der Zulassung von Messdienstleistern keine eigentliche Praxis. 89 Würde man aus der Mitteilung der ElCom vom 12. Mai 2011 eine Praxis ableiten, wäre eine Praxisänderung zulässig. Die in der Mitteilung vertretene Auffassung, ein Netzbetreiber dürfe die Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters nur im Falle einer Gefährdung des Netzbetriebes verweigern, lässt sich, wie vorstehend ausführlich dargelegt, nicht aus dem Gesetz ableiten. Es handelt sich um eine grundsätzlich vorgenommene Änderung, da gleichartige Sachverhalte in Zukunft entsprechend der vorstehenden Überlegung beurteilt werden. Da die Netzbetreiber die Mitteilung der ElCom vom 12. März 2011 mit Bezug auf die Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters bisher nicht umsetzten und die ElCom noch keine Verfügung gestützt auf diese Mitteilung erlassen hat, besteht bezogen auf den Inhalt der Mitteilung auch keine Rechtssicherheit. Die richtige Rechtsanwendung geht vorliegend somit eindeutig vor, weshalb eine Praxisänderung, sofern man von einer bestehenden Praxis ausgeht, zulässig ist.

E. 5

Gebühren 90 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). 91 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken), [...] 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.

23/25

92 Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 1 Abs. 3 GebV-En i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Haben mehrere Parteien den Erlass einer Verfügung veranlasst, werden die dadurch entstandenen Gebühren nach dem Unterliegerprinzip auferlegt. Dies entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der für zahlreiche kostenpflichtige staatliche Verfahren üblich ist (siehe ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 2013, Rz. 653; BGE 132 II 47 E. 3.3). 93 Der Gesuchsteller hat den Erlass einer Verfügung beantragt. Da er mit seinen Begehren vollständig unterliegt, hat er grundsätzlich die Gebühren zu tragen. Der Gesuchsteller reichte sein Gesuch ursprünglich zusammen mit [...] ein. Der im Namen von [...] eingereichte Teil des Gesuchs wurde zurückgezogen. Für den dadurch entstandenen Aufwand werden [...] 10 Prozent der Kosten (ausmachend [...] Franken) auferlegt. Der Gesuchsteller hat 90 Prozent der Kosten (ausmachend [...] Franken) zu bezahlen.

24/25

III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

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