



Abteilung I
A-5452/2009
{T 1/2}

Urteil vom 19. August 2010

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz), Richter André Moser,
Richter Beat Forster,
Gerichtsschreiberin Beatrix Schibli.

Parteien

Stahl Gerlafingen AG, Bahnhofstrasse,
4563 Gerlafingen,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Michael Merker,
Langhaus am Bahnhof 3, 5401 Baden,
Beschwerdeführerin,

gegen

AEK Energie AG, Westbahnhofstrasse 3,
4502 Solothurn,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Stefan Rechsteiner,
Rechtsanwalt lic. iur. Michael Waldner und
Rechtsanwältin Dr. iur. Azra Dizdarevic,
VISCHER AG, Schützengasse 1, Postfach 1230,
8021 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

und

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Tarifgestaltung, Begriff des Endverbrauchers.

Sachverhalt:**A.**

Die Stahl Gerlafingen bezieht seit Jahrzehnten ihre elektrische Energie (durchschnittlicher Verbrauch von jährlich 380 Gigawattstunden [GWh]) von der AEK Energie AG. Die Lieferung basierte stets ausnahmslos auf Energielieferungsverträgen. Der neuste Energielieferungsvertrag vom 12. Februar 1999 wurde bis zum 31. Dezember 2001 fest abgeschlossen. Der Vertrag wurde nie explizit, sondern durch Abschluss weiterer Strompreisvereinbarungen, zuletzt 2006, verlängert. Die Strompreisvereinbarung vom 7. Dezember 2006 dauerte bis zum 31. Dezember 2008.

B.

Am 27. August 2008 beantragte die Stahl Gerlafingen AG bei der Eidgenössischen Elektrizitätskommission (EiCom) die Feststellung, dass sie als Endverbraucherin mit Grundversorgung im Sinne des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (StromVG, SR 734.7) gelte. Zudem beantragte sie den Erlass vorsorglicher Massnahmen.

C.

Mit Zwischenverfügung vom 17. November 2008 verfügte die EiCom vorsorgliche Massnahmen derart, dass die AEK Energie AG die Stahl Gerlafingen AG ab dem 1. Januar 2009 für die Dauer des Verfahrens weiterhin mit elektrischer Energie zu einem Preis von 10 Rp./kWh beliefern müsse.

D.

Mit Verfügung vom 25. Juni 2009 wies die EiCom das Gesuch der Stahl Gerlafingen AG in der Sache ab.

E.

Gegen diese Verfügung erhebt die Stahl Gerlafingen AG (Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 28. August 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit den folgenden Anträgen:

"I. Vorsorgliche Massnahmen

1. Die AEK Energie AG sei zu verpflichten, der Stahl Gerlafingen AG für die Dauer des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zum Einheitstarif von 8.88 Rp./kWh (ohne KEV) zu liefern; im Übrigen sei für die

Dauer des Verfahrens weiterhin die Strompreisvereinbarung vom 7. Dezember 2006 für anwendbar zu erklären.

2. Die mit dem Massnahmebegehren verbundene Tarifierhöhung (8.88 Rp./kWh anstatt wie bisher 8.235 Rp./kWh) sei unter den Vorbehalt der Rückerstattung nach Abschluss des Verfahrens zu stellen.

3. Sollte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde abweisen, sei im Sinn einer vorsorglichen Massnahme über den Urteilszeitpunkt hinaus anzuordnen, dass die vorsorgliche Massnahme im Sinn von Ziff. I/1 hiervor auch für die Dauer der Rechtsmittelfrist an das Bundesgericht Geltung beansprucht.

II. Antrag in der Sache

4. Der vorinstanzliche Entscheidung sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Stahl Gerlafingen AG Endverbraucherin im Sinn von Art. 6 Abs. 1 StromVG und damit Endverbraucherin mit Grundversorgung im Sinn von Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 StromVV ist und dies bleibt, solange sie auf den Netzzugang verzichtet und ein entsprechendes Wahlrecht (Netzzugangsmittelteilung an den Verteilnetzbetreiber) nicht ausübt.

Eventualiter sei die AEK Energie AG zu verpflichten, der Stahl Gerlafingen AG ab dem 1. Januar 2009 als Endverbraucherin mit Grundversorgung jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zum Tarif von 8.235 Rp./kWh (ohne KEV) zu liefern.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der AEK Energie AG"

Die Anträge in der Sache begründet sie im Wesentlichen damit, dass nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers Unternehmen mit einem Verbrauch von mehr als jährlich 100 Megawattstunden (MWh) frei entscheiden könnten, ob sie auf die Grundversorgung verzichten wollten oder nicht. Der klare Art. 6 StromVG dürfe in der ausführenden Verordnung nicht unterlaufen werden, indem der Verzicht auf den freien Netzzugang für die Beschwerdeführerin als einem Unternehmen mit Jahresverbrauch von über 100 MWh nicht mehr möglich sei.

F.

Mit Eingabe vom 9. Oktober 2009 stellte die AEK Energie AG (Beschwerdegegnerin) betreffend vorsorglicher Massnahmen folgende Rechtsbegehren:

"1. Die Massnahmebegehren Ziff. 1 bis 3 seien vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2.1. Eventualiter sei die Beschwerdeführerin zu verpflichten, die während der Verfahrensdauer benötigte Fahrplanenergie von der Beschwerdegegnerin zu beziehen und sämtliche mit der Energiebeschaffung zusammenhängenden Kosten (Beschaffungskosten) zuzüglich Netznutzungsentgelte gemäss Tarifblatt sowie die Systemdienstleistungen Swissgrid und die Abgabe KEV auf Basis zwei-wöchentlicher Abrechnung mit einer Zahlungsfrist von zehn Tagen zu bezahlen; die Beschwerdegegnerin sei zu ermächtigen, ihre

Lieferung bei Zahlungsverzug einzustellen. Im Übrigen sei für die Dauer des Verfahrens weiterhin die Strompreisvereinbarung vom 7. Dezember 2006 für anwendbar zu erklären;

2.2. Die Beschaffungskosten nach Ziff. 2.1. seien zu ermitteln, indem die Beschwerdeführerin zum Voraus für eine Periode von jeweils drei Monaten Fahrpläne entsprechend einem zwischen der Beschwerdeführerin und Alpiq verhandelten Subbilanzgruppenvertrag an die Beschwerdegegnerin liefert, worauf die Beschwerdegegnerin die entsprechende Fahrplanenergie im Markt ausschreibt. Für die Beschaffungskosten ist das jeweils günstigste Angebot massgeblich;

2.3. Die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, Ausgleichsenergiekosten und -kosten selber zu tragen;

2.4. Die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, die im Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts bereits beschaffte Fahrplanenergie auf jeden Fall von der Beschwerdeführerin (recte: Beschwerdegegnerin) zu beziehen und zu bezahlen;

2.5. Für die Abwicklung der Beschaffung sei die Beschwerdeführerin zur monatlichen Zahlung eines Unkostenbeitrages von CHF 10'000.- an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten.

2.6. Die Beschwerdeführerin sei zur Zahlung einer Sicherheitsleistung oder wahlweise der Beibringung einer Bankgarantie in Höhe von CHF 3'000'000.- zu verpflichten.

3.1 Subeventualiter sei die Beschwerdeführerin zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin für die während der Dauer des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens nach deren Bedarf bezogene Elektrizität (Vollversorgung) zum Einheitstarif von 13 Rp./kWh auf Basis zweiwöchentlicher Abrechnung mit einer Zahlungsfrist von zehn Arbeitstagen zu bezahlen, wobei die Abrechnung allfälliger tatsächlicher Mehrkosten mit Ende des Verfahrens erfolgt; die Beschwerdegegnerin sei zu ermächtigen, ihre Lieferung bei Zahlungsverzug einzustellen; im Übrigen sei für die Dauer des Verfahrens weiterhin die Strompreisvereinbarung vom 7. Dezember 2006 für anwendbar zu erklären;

3.2. Die Beschwerdeführerin sei zur Zahlung einer Sicherheitsleistung oder wahlweise der Beibringung einer Bankgarantie in Höhe von CHF 3'000'000.- zu verpflichten.

4. Subsubeventualiter sei die Beschwerdeführerin zur Zahlung einer Sicherheitsleistung oder wahlweise der Beibringung einer Bankgarantie in Höhe von CHF 15'000'000.- zu verpflichten.

5. unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

G.

Mit Eingabe vom 10. November 2009 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest und beantragte die Durchführung einer Referentenaudienz mit dem Ziel, über die vorsorglichen Massnahmen eine Einigung herbeizuführen. Zudem machte sie im Hinblick darauf vergleichsweise Vorschläge betreffend Strompreis.

H.

Mit Zwischenverfügung vom 19. November 2009 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdegegnerin, bis am 4. Dezember 2009 zu den Preisvorschlägen der Beschwerdeführerin vom 10. November 2009 und zu ihrer Bereitschaft zu einer Vergleichsverhandlung Stellung zu nehmen.

I.

Am 4. Dezember 2009 erklärte sich die Beschwerdegegnerin mit der Durchführung einer Vergleichsverhandlung einverstanden, nahm Stellung zu den Preisvorschlägen der Beschwerdeführerin vom 10. November 2009 und machte ihrerseits Preisvorschläge.

J.

Mit Eingabe vom 7. Januar 2010 machte die Beschwerdegegnerin wiederum Vergleichsvorschläge für die Energielieferung in Bezug auf die Jahre 2009 und 2010.

K.

Am 8. Januar 2010 schlossen die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin eine Vergleichsvereinbarung bezüglich der Energielieferung für das Jahr 2009, wobei für den Fall der rechtskräftigen Bejahung des Grundversorgungsanspruchs der Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin die nachträgliche Überprüfung des Grundversorgungstarifs 2009 und gegebenenfalls die entsprechende Nachforderung der Beschwerdegegnerin beziehungsweise die Rückforderung der Beschwerdeführerin vorbehalten wurden.

L.

An der Vergleichsverhandlung vom 11. Januar 2010 kam bezüglich des Preises für die Energielieferung für das Jahr 2010 kein Vergleich zustande. Stattdessen vereinbarten die Parteien, dass das Bundesverwaltungsgericht über die vorsorgliche Belieferung der Beschwerdeführerin in Bezug auf das Jahr 2010 entscheiden solle, falls bis am 21. Januar 2010 diesbezüglich zwischen ihnen keine Vereinbarung zustande komme.

M.

Mit Zwischenverfügung vom 13. Januar 2010 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Parteien auf, bis am 21. Januar 2010 eine Vereinbarung bezüglich der vorsorglichen Energielieferung für das

Jahr 2010 einzureichen, andernfalls das Gericht darüber entscheiden werde.

N.

Mit Eingabe vom 21. Januar 2010 machte die Beschwerdegegnerin Ergänzungen zum Protokoll des Bundesverwaltungsgerichts in Bezug auf die Vergleichsverhandlung vom 11. Januar 2010 und stellte fest, dass keine Einigung betreffend das Jahr 2010 zustande gekommen sei und dass sie unverändert an den Rechtsbegehren betreffend vorsorgliche Massnahmen festhalte. Zudem stellte sie den Antrag, es sei das folgende Angebot einer allfälligen vorsorglichen Massnahme zu Grunde zu legen:

"Konsumangepasste Belieferung inkl. Ausgleichsenergie zu 8.85 Rp./kWh (exkl. MwSt.), ohne Netz, SDL, KEV und Blindenergie, welche allesamt effektiv gemäss den kommunizierten Netznutzungsentgelten 2010 vom 31. August 2009 berechnet werden. Bedingungen: Jahresprognose, Wochenprognose, Anpassung D-1/09.00 Uhr durch die Beschwerdeführerin, mindestens gleichwertige Fahrplanqualität wie im Jahr 2009; Meldung der Kaltschichten und planbaren Bezugsunterbrüche; fixe Bezugsverpflichtung sämtlicher elektrischer Energie vom 1.1.2010 bis 31.12.2010 ohne Präjudiz für die Frage der Grundversorgung bzw. Anerkennung einer Rechtspflicht, und Anwendbarkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Energielieferung 2008 der Beschwerdegegnerin."

Sie begründete dies damit, dass sie mit jeder weiteren Senkung des Energiepreises im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen Verluste erleiden würde und eine solche Verpflichtung zur Belieferung unter den Gestehungskosten unverhältnismässig sei.

O.

Die Beschwerdeführerin führte in ihrer Eingabe vom 21. Januar 2010 nochmals ihr unpräjudizielles Vergleichsangebot von 9.644 Rp./kWh (ohne KEV; 10.094 – 0.45) auf und hielt fest, dass sich die Parteien für das Jahr 2009 aussergerichtlich auf einen Tarif von 9.841 Rp./kWh (ohne KEV, 10.291 – 0.45) geeinigt hätten und dass sich angesichts stark sinkender Börsenpreise auf Ende 2009 / Anfang 2010 eine weitere Erhöhung für das Jahr 2010 nicht rechtfertige. Zudem stellte sie klar, dass sie nach wie vor bereit sei, sich auf einen Ganzjahresbetrag 2010 verpflichten zu lassen, sofern die Kosten jene des Jahres 2009 wie zwischen den Parteien vereinbart nicht überschreiten würden.

P.

Die Beschwerdegegnerin stellte in ihrer Eingabe vom 22. Januar 2010

klar, dass ihr Vergleichsangebot vom 15. Januar 2010 nicht zur Disposition stehe.

Q.

Mit Zwischenverfügung vom 16. Februar 2010 genehmigte das Bundesverwaltungsgericht die von den Parteien vorgelegte Vereinbarung vom 8. Januar 2010 betreffend die Entschädigung für die Energielieferung im Jahr 2009; verpflichtete die Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführerin ab dem 1. Januar 2010 für die Dauer des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zu einem Gesamtpreis von 10.291 Rp./kWh (exkl. MwSt., inkl. Ausgleichsenergie, Netznutzungsentgelt [NNE], Systemdienstleistungen [SDL] und kostendeckende Einspeisevergütung [KEV]) zu liefern unter dem Vorbehalt der nachträglichen Kompensation unter den Parteien je nach Ausgang des vorliegenden Verfahrens in der Hauptsache; verpflichtete die Beschwerdeführerin zu einer Kautionsleistung in der Höhe eines Zweiwochenbetroffnisses; erklärte subsidiär zu den mit der Verfügung erlassenen Massnahmen für die Dauer des bundesverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens weiterhin die Strompreisvereinbarung vom 7. Dezember 2006 für anwendbar und trat auf den Antrag betreffend die Dauer der Massnahmen über den Zeitpunkt des bundesverwaltungsgerichtlichen Entscheids in der Hauptsache hinaus bis zu einer allfälligen Anfechtung beim Bundesgericht nicht ein. Diese Verfügung wurde nicht angefochten und erwuchs in Rechtskraft.

R.

In der Vernehmlassung vom 17. März 2010 beantragt die Vorinstanz, die Anträge der Beschwerdeführerin in der Sache seien abzuweisen.

S.

Die Beschwerdegegnerin verlangt in ihrer materiellen Beschwerdeantwort vom 12. April 2010, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Sie begründet dies damit, dass die Beschwerdeführerin nach StromVG und der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71) keinen Anspruch auf Grundversorgung habe, da sie individuell ausgehandelte Lieferverträge abgeschlossen und somit vom Netzzugangsanspruch Gebrauch gemacht habe. Zudem stellt die Beschwerdegegnerin den prozessualen Antrag, ihr sei vor Abschluss des Verfahrens Gelegen-

heit einzuräumen, zur Rückabwicklung der vorsorglichen Massnahmen Anträge zu stellen und Beweise zu offerieren.

T.

Auf die übrigen Ausführungen in den Rechtsschriften wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Die EICom gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. f VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben. Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der erhobenen Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 23 StromVG).

2.

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonderes berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

2.1 Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist als Verfügungsadressatin von der angefochtenen Verfügung berührt. Als formelle und materielle Verfügungsadressatin hat die Beschwerdeführerin ohne weiteres ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz. Diesbezüglich sind die Erfordernisse von Art. 48 Abs. 1 VwVG erfüllt.

2.2 Die Beschwerdeführerin verlangt zudem, es sei festzustellen, dass sie Endverbraucherin im Sinne von Art. 6 Abs. 1 StromVG sei und dies bleibe, solange sie auf den Netzzugang verzichte und ein entsprechendes Wahlrecht nicht ausübe.

2.2.1 Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung besteht gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn glaubhaft ein rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses besteht. Der in Art. 25 Abs. 2 VwVG verwendete Begriff des schutzwürdigen Interesses ist im Ergebnis gleich zu verstehen wie in Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG (ANDRÉ MOSER / MICHAEL BESUCH / LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.30).

Eine weitere, das Feststellungsinteresse betreffende Anforderung ist, dass eine Feststellungsverfügung nur dann erlassen werden kann, wenn das schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann. Das Erfordernis der Subsidiarität gilt jedoch nicht absolut. Kann das schutzwürdige Interesse mit einer Feststellungsverfügung besser gewahrt werden als mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung, ist die Legitimation ausreichend dargetan. Namentlich wenn mit dem vorgängigen Erlass einer Feststellungsverfügung grundlegende Fragen vorweg geklärt und ein aufwendiges Verfahren vermieden werden kann, hat das Erfordernis der Subsidiarität zu weichen (ISABELLE HÄNER, in: VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 25, Rz. 20, BEATRICE WEBER-DÜRLER, VwVG Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 25, Rz. 16 mit Hinweisen).

2.2.2 Da die Qualifikation der Beschwerdeführerin als Endverbraucherin massive Auswirkungen auf ihre gegenwärtigen und zukünftigen Stromkosten hat und vorliegend durch den Erlass einer Feststellungsverfügung hinsichtlich der grundlegenden Rechtsfrage, ob sie als Endverbraucherin im Sinne von Art. 6 Abs. 1 StromVG zu gelten hat, ein aufwendiges Verfahren bezüglich der Überprüfung des Strompreises/Elektrizitätstarifs vermieden werden kann, ist ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse der Beschwerdeführerin zu bejahen.

3.

Das Anfechtungsobjekt bildet den Rahmen, welcher den möglichen Umfang des Streitgegenstands begrenzt. Gegenstand des Beschwer-

deverfahrens kann nur sein, was Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Fragen, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat, darf die zweite Instanz nicht beurteilen (BGE 131 II 200 E. 3.2, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1536/2006 und A-1537/2006 vom 16. Juni 2008 E. 1.4.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.7 f. und 2.208 ff.).

Vor der Vorinstanz strittig war einzig die Rechtsfrage, ob die Beschwerdeführerin als Endverbraucherin im Sinne von Art. 6 Abs. 1 StromVG zu gelten hat. Die Überprüfung eines Elektrizitätstarifs war eben gerade nicht Gegenstand im vorinstanzlichen Verfahren. Auf das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin ist daher von vornherein nicht einzutreten.

4.

Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist aus diesen Gründen mit Ausnahme des Eventualantrags einzutreten.

5.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die bei ihm angefochtenen Verfügungen und Entscheide grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition, das heisst auch auf eine allfällig unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts hin, ebenso auf Angemessenheit (Art. 49 VwVG).

Die Vorinstanz ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie die Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts bei der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids. Es befreit das Bundesverwaltungsgericht aber nicht davon, die Rechtsanwendung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen. Sodann amtet die Vorinstanz in einem höchst technischen Bereich, in dem Fachfragen sowohl im Bereich der Stromversorgung als auch ökonomischer Ausrichtung zu beantworten sind. Ihr steht dabei – wie anderen Behördenkommissionen auch – ein eigentliches "technisches Ermessen" zu. Im Rahmen dieses "technischen Ermessens" darf der verfügenden Behörde bei der Beurteilung der angesprochenen Fachfragen ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den

Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (vgl. BGE 133 II 35 E. 3, BGE 132 II 257 E. 3.2, BGE 131 II 13 E. 3.4, BGE 131 II 680 E. 2.3.2 mit Hinweisen; BVGE 2009/35 E. 4; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.155).

6.

Im Folgenden ist vorerst zu prüfen, ob und wieweit der Verordnungsgeber Regelungen bezüglich des Anspruchs auf Grundversorgung/Netzzugang erlassen darf.

6.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie könne auf ihren Anspruch auf Netzzugang verzichten und habe somit einen Anspruch auf Grundversorgung. In Art. 6 Abs. 1 StromVG werde nämlich ein Wahlrecht zwischen freiem Markt und Grundversorgung bei Endverbrauchern mit mehr als 100 MWh jährlichem Stromverbrauch ohne Einschränkungen normiert. Ohne sich auf eine (klare) gesetzliche Grundlage stützen zu können, schränke Art. 11 Abs. 2 StromVV dagegen dieses Wahlrecht für Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh ein, welche bereits gestützt auf einen schriftlichen, individuell ausgehandelten Liefervertrag Elektrizität beziehen würden. Damit werde das Legalitätsprinzip verletzt.

6.2 Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, das StromVG erwähne nicht explizit, auf welche Weise der Kunde auf sein Recht zur Netznutzung und damit auf freie Wahl des Stromlieferanten verzichten könne. Insofern bestehe nach dem Wortlaut des Gesetzes ein gewisser Spielraum, der im Rahmen der Verordnung konkretisiert werde. Es sei durchaus im Sinn des Gesetzgebers, dass – wie in Art. 11 Abs. 2 StromVV vorgesehen – Unternehmen mit mehr als 100 MWh Jahresverbrauch, welche bereits schriftliche Lieferverträge abgeschlossen hätten, kein Wahlrecht hätten, sondern im freien Markt verbleiben müssten.

6.3 Die Vorinstanz verweist in ihrer Vernehmlassung auf ihre Verfügung vom 25. Juni 2009. In dieser hatte sie ausgeführt, es sei zu keinem Zeitpunkt der Wille des Gesetzgebers gewesen, Endverbraucher zu schützen, die schon bis anhin im freien Markt von günstigeren Konditionen als die Tarifkunden profitiert hätten. Gesetz- und Verordnungsgeber hätten vermeiden wollen, dass Endverbraucher mit über 100 MWh, welche in der Vergangenheit mit individuell

ausgehandelten Verträgen von Marktmechanismen Gebrauch gemacht hätten, in die Grundversorgung wechselten.

6.4 Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage (Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Werden Rechtssetzungskompetenzen des Gesetzgebers auf den Verordnungsgeber (im Bund insbesondere an den Bundesrat) übertragen, spricht man von Gesetzesdelegation. Der Gesetzgeber ermächtigt damit im formellen Gesetz die Exekutive zum Erlass von gesetzesvertretenden Verordnungen. Reine Vollziehungsverordnungen sind dagegen kein Delegationsfall, denn für den Erlass solcher Vorschriften verfügt der Bundesrat über eine verfassungsunmittelbare Kompetenz (vgl. Art. 182 Abs. 2 BV; PIERRE TSCHANNEN, in: Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar [Kommentar BV], 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 164, Rz. 34; THOMAS SÄGESSER, in: Kommentar BV, Art. 182, Rz. 17).

6.5 Die Gesetzesdelegation gilt als zulässig, wenn sie nicht durch die Verfassung ausgeschlossen ist, in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten ist, sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt und die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, im delegierenden Gesetz selbst enthalten sind (Art. 164 Abs. 1 und 2 BV; BGE 128 I 113 E. 3c; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1751/2006 vom 25. März 2009 E. 2.2).

Zu den wichtigen Bestimmungen, die gemäss Art. 164 Abs. 1 BV in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind, gehören beispielsweise grundlegende Bestimmungen über die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte (Bst. b) oder grundlegende Bestimmungen über die Rechte und Pflichten von Personen (Bst. c). Angaben zur Eingrenzung des "Wichtigen" macht die Verfassung nicht. Lehre und Rechtsprechung haben immerhin einige Hilfskriterien benannt, welche auf "Wichtigkeit" schliessen lassen. Wichtig im Sinne des materiellen Gesetzesvorbehalts kann eine Regelung sein, wenn sie (alternativ) einen grossen Adressatenkreis oder eine grosse Zahl von Lebenssachverhalten betrifft, stark in die bisherige Rechtsstellung der Adressaten eingreift, erhebliche finanzielle Folgen nach sich zieht, für die politische Willensbildung, für die Behördenorganisation oder das Verfahren von bestimmender Bedeutung ist oder besonders

umstrittene Fragen zum Gegenstand hat (BGE 128 I 113 E. 3c; TSCHANNEN, Kommentar BV, Art. 164, Rz. 8, ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 396 ff.).

6.6 Das Bundesverwaltungsgericht kann auf Beschwerde hin vorfrageweise Verordnungen des Bundesrates auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit prüfen (konkrete Normenkontrolle). Der Umfang der Kognitionsbefugnis hängt dabei davon ab, ob es sich um eine unselbständige oder aber um eine selbständige Verordnung handelt (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.177). Bei unselbständigen Bundesratsverordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft das Bundesverwaltungsgericht in erster Linie, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz ihn nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen bzw. seine Regelung nicht lediglich eine bereits im Gesetzesrecht angelegte Verfassungswidrigkeit übernimmt, beurteilt es auch deren Verfassungsmässigkeit. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich. Es darf in diesem Fall nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat sich auf die Kontrolle zu beschränken, ob dessen Regelung den Rahmen der ihm im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist (Urteile des Bundesgerichts 2C_246/2009 vom 22. März 2010 E. 7.1, 2C_735/2007 vom 25. Juni 2008 E. 4.2 und 2A.142/2005 vom 24. November 2005 E. 3.1; BGE 130 I 26 E. 2.2.1, je mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1751/2006 vom 25. März 2009 E. 2.4).

6.7 Aufgrund von Art. 30 Abs. 2 StromVG ist der Bundesrat grundsätzlich ermächtigt, die erforderlichen Ausführungsbestimmungen zum StromVG zu erlassen. Art. 6 StromVG enthält keine weitere ausdrückliche Ermächtigung des Bundesrats zum Erlass von Ausführungsbestimmungen zu der in Art. 6 StromVG geregelten Versorgung von Endverbrauchern mit Elektrizität. Zur Beantwortung der Frage, wieweit das StromVG den Anspruch der Endverbraucher auf Grundversorgung selbst regelt und was es der Regelung durch den Bundesrat überlassen hat, ist Art. 6 StromVG auszulegen.

7.

Bei der Gesetzesauslegung gilt der Grundsatz, dass keine Hierarchie der Auslegungsmethoden besteht. Es findet nicht eine bestimmte Methode vorrangig oder gar ausschliesslich Anwendung. Vielmehr werden die verschiedenen Auslegungsmethoden kombiniert, d.h. nebeneinander berücksichtigt. Es muss dann im Einzelfall abgewogen werden, welche Methode oder Methodenkombination geeignet ist, den wahren Sinn der Norm wiederzugeben (sog. Methodenpluralismus). Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab. Bei der systematischen Auslegung wird der Sinn einer Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu andern Rechtsnormen und durch den systematischen Zusammenhang, in dem sie sich im Gesetz präsentiert. Die historische Auslegung stellt auf den Sinn ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Eine Norm soll so gelten, wie sie vom Gesetzgeber vorgesehen war. Die rechtsanwendenden Organe sind nach dem Prinzip der Gewaltenteilung gehalten, die Entscheidungen des Gesetzgebers zu respektieren. Die zeitgemässe Auslegung stellt dagegen auf das Normverständnis und die Verhältnisse ab, wie sie gegenwärtig, d.h. zur Zeit der Rechtsanwendung, bestehen. Die teleologische Auslegung stellt sodann auf die Zweckvorstellung, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist, ab. Jedoch ist nicht allein der Zweck, den der historische Gesetzgeber einer Norm gegeben hat, massgeblich, vielmehr kann sich der Zweck der Norm in gewissem Rahmen wandeln und von zeitgebundenen historischen Vorstellungen abheben. Die teleologische Auslegung kann sich also je nach Fall sowohl mit der historischen wie auch mit der zeitgemässen Auslegung verbinden (vgl. ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER / HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 90 ff.).

7.1 Art. 6 StromVG trägt den Titel "Lieferpflicht und Tarifgestaltung für feste Endverbraucher". Nach Art. 6 Abs. 1 StromVG treffen die Betreiber der Verteilnetze die erforderlichen Massnahmen, damit sie in ihrem Netzgebiet den festen Endverbrauchern und den Endverbrauchern, die auf den Netzzugang verzichten, jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Tarifen liefern können. Wie sich aus Art. 6 Abs. 2 StromVG ergibt, gelten als "feste Endverbraucher" im Sinne dieses Artikels die Haushalte und die anderen Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte. Damit steht fest, dass unter den nicht festen Endverbrauchern

in Art. 6 Abs. 1 StromVG solche zu verstehen sind, die einen Jahresverbrauch von über 100 MWh haben. In Art. 6 Abs. 6 StromVG ist zudem festgehalten, dass festen Endverbrauchern kein Anspruch auf Netzzugang nach Art. 13 Abs. 1 StromVG zukommt.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 6 StromVG haben somit Anspruch auf Grundversorgung sowohl die "festen Endverbraucher" als auch die Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von über 100 MWh, die auf den Netzzugang verzichten. Zudem setzt Art. 6 StromVG dem Wortlaut nach für Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch über 100 MWh ein Wahlrecht zwischen Grundversorgung und Netzzugang fest, indem diese entweder vom Netzzugang Gebrauch machen oder auf diesen verzichten können und als Folge ihres Verzichts Anspruch auf Grundversorgung haben. Unter "verzichten" ist im allgemeinen Sprachgebrauch "den Anspruch auf etwas nicht [länger] geltend machen" zu verstehen (www.duden.de).

Was die nicht festen Endverbraucher betrifft, so ist aufgrund des Gesetzeswortlauts allein der Netzzugangsverzicht für den Anspruch auf Grundversorgung entscheidend. Das Gesetz sieht keine weiteren Einschränkungen vor und nimmt dem Wortlaut nach keine Kategorien der nicht festen Endverbraucher von vornherein vom Wahlrecht aus. Überdies fällt auf, dass Art. 6 Abs. 1 StromVG von "Endverbrauchern die auf den Netzzugang verzichten" und nicht von "Endverbrauchern, die auf den Netzzugang verzichtet haben" spricht. Die Formulierung lautet auch nicht "Endverbraucher, die auf den "Markteintritt verzichten". Wie der Verzicht auf den Netzzugang genau zu erfolgen hat, ergibt sich aber aus dem Wortlaut von Art. 6 StromVG nicht. Betrachtet man die anderssprachigen Fassungen von Art. 6 StromVG, ergibt sich dasselbe Resultat.

7.2 Aus der Systematik des Gesetzes ergibt sich das Folgende: Das StromVG setzt unter dem 1. Kapitel "Allgemeine Bestimmungen" als Gesetzeszweck die Schaffung der Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung sowie für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt fest (Art. 1 Abs. 1 StromVG). Zudem enthält es in diesem Kapitel Begriffsdefinitionen (Art. 4 StromVG). So sind Endverbraucher gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. b StromVG Kunden, welche Elektrizität für den eigenen Verbrauch kaufen. Ausgenommen hiervon ist der Elektrizitätsbezug für den Eigenbedarf eines Kraftwerks sowie für den Antrieb von Pumpen in Pumpspeicherkraftwerken. Unter

"Netzzugang" ist nach Art. 4 Abs. 1 Bst. d StromVG das Recht auf Netznutzung, um von einem Lieferanten freier Wahl Elektrizität zu beziehen oder Elektrizität in ein Netz einzuspeisen, zu verstehen.

Art. 6 StromVG gehört zum 1. Abschnitt "Gewährleistung der Grundversorgung" des 2. Kapitels "Versorgungssicherheit". Teil desselben Abschnitts ist Art. 7 StromVG mit dem Titel "Wahlmodell abgesicherte Grundversorgung" (WAS-Modell). Nach Art. 7 Abs. 1 StromVG treffen die Betreiber der Verteilnetze die erforderlichen Massnahmen, damit sie in ihrem Netzgebiet den Endverbrauchern mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte, die von ihrem Netzzugang nach Art. 13 Abs. 1 keinen Gebrauch machen, jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zu angemessenen Tarifen liefern können. Gemäss dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung soll also das WAS-Modell nur den Endverbrauchern mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte zustehen.

Aus Art. 34 StromVG, welcher das Inkrafttreten der einzelnen Bestimmungen des StromVG regelt, ergibt sich das Verhältnis von Art. 6 StromVG zu Art. 7 StromVG: Art. 6 StromVG wird fünf Jahre nach Inkrafttreten des StromVG durch einen dem fakultativen Referendum unterstehenden Bundesbeschluss ausser Kraft und gleichzeitig Art. 7 StromVG in Kraft gesetzt werden (Art. 34 Abs. 3 StromVG). Das in Art. 6 StromVG verankerte Modell ist demnach lediglich eine Übergangsregelung bis zur geplanten Einführung des WAS-Modells.

7.3 Grosses Gewicht kommt in diesem Fall bei der Ermittlung des Zwecks von Art. 6 StromVG den Gesetzesmaterialien zu, da das StromVG erst kürzlich in Kraft getreten ist. In einem solchen Fall fallen die historische wie auch die zeitgemässe Auslegung zusammen, verbindet sich also die teleologische Auslegung sowohl mit der historischen wie auch zeitgemässen Auslegung.

7.3.1 In diesem Zusammenhang bringt die Beschwerdeführerin vor, das Parlament habe sich klar dafür ausgesprochen, dass während der Geltung des Art. 6 StromVG auch Unternehmen mit einem jährlichen Verbrauch von über 100 MWh wählen könnten, ob sie vom Netzzugang Gebrauch machen oder in der Grundversorgung verbleiben wollten. Das von der Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 25. Juni 2009 zitierte Votum beziehe sich lediglich auf das in

Art. 7 StromVG verankerte WAS-Modell. Zudem sei nicht erwiesen, dass dieses eine Votum den allgemeinen Willen des Gesetzgebers wiedergebe.

7.3.2 Mit Verweis auf Voten in der parlamentarischen Diskussion führt die Beschwerdegegnerin dagegen aus, in der parlamentarischen Beratung komme klar zum Ausdruck, dass Grundlage der Unterscheidung des Gesetzgebers zwischen Grundversorgung und freiem Markt im StromVG die Versorgungsgarantie der kleinen Endverbraucher sei. Oberhalb der Schwelle von 100 MWh entfalle dieses Schutzbedürfnis mit zunehmendem Energiekonsum. Im Parlament habe Konsens darüber bestanden, dass Grosskunden, welche in einer Zeit mit tiefen Strompreisen vom Markt profitiert hätten, sich nun bei hohen Strompreisen nicht in die abgesicherte Stromversorgung flüchten könnten.

7.3.3 Die Vorinstanz verweist in ihrer Verfügung vom 25. Juni 2009 auf ein Votum in der parlamentarischen Diskussion, demzufolge die CVP-Fraktion es abgelehnt habe, dass auch Stromkunden mit Bezügen von mehr als 100 MWh vom WAS-Modell und so von stabilen Preisen profitieren könnten. Die Vorinstanz hält im Zusammenhang mit diesem Votum fest, die Aussage beziehe sich zwar auf Art. 7 StromVG. In Art. 6 StromVG werde der Anspruch auch von Grossverbrauchern auf Grundversorgung eingeführt, sofern sie nicht von ihrem Recht auf Netzzugang Gebrauch gemacht hätten. Der freie Wechsel zwischen Grundversorgung und freiem Markt solle aber offenbar nach dem Willen des Bundesrates auch bei Art. 6 StromVG nicht möglich sein. Es gelte das Prinzip "einmal frei, immer frei".

7.3.4 Die Betrachtung der Gesetzesmaterialien ergibt Folgendes: Die Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004 (BBI 2005 1611 ff.) hatte noch vorgesehen, dass lediglich die Haushalte von der Grundversorgung profitieren können (BBI 2005 1627). Die heutige Fassung, welche die Grundversorgung neben den Haushalten auch für andere Endverbraucher vorsieht, ist erst durch das Parlament eingeführt worden (vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2005 N 1053).

Im Laufe der parlamentarischen Diskussion entschied man sich für eine Liberalisierung des Strommarktes in zwei Schritten. In einer ersten Etappe – nämlich während 5 Jahren seit dem Inkrafttreten des

StromVG – sollten die festen Endverbraucher, also die Haushalte und die Unternehmen bis zu einem Jahresverbrauch von 100 MWh, gemäss Art. 6 StromVG in der Grundversorgung bleiben. Damit wollte man für die 1. Etappe – einer Art Versuchsphase – Versorgungssicherheit für Haushalte und KMU erreichen (vgl. Votum Carlo Schmid-Sutter AB 2006 S 841, vgl. auch Votum Christian Levrat AB 2006 N 1773, vgl. auch Votum André Daguët AB 2005 N 1056 und AB 2006 N 1773). Demgegenüber sollten gemäss dem klaren Willen des Parlaments Grosskunden mit einem Jahresverbrauch von über 100 MWh während der ersten 5 Jahre seit dem Inkrafttreten des Gesetzes die Wahlfreiheit zwischen Grundversorgung und freiem Netzzugang haben. Dabei wurde immer von "Grosskunden" im Allgemeinen gesprochen und es wurde nirgends erwähnt, dass gewissen Grosskunden von vornherein keine Wahlfreiheit zukomme. Es wurde eindeutig festgehalten, dass Anspruch auf Grundversorgung neben den festen Endverbrauchern auch die Unternehmen mit über 100 MWh Jahresverbrauch haben, die während der ersten Phase der Strommarktliberalisierung auf den Netzzugang verzichten (Votum Carlo Schmid-Sutter AB 2006 S 841, Votum Marianne Slongo AB 2006 S 840, vgl. auch Votum Hans Lauri AB 2006 S 836).

In der zweiten Etappe der Strommarktliberalisierung sollten nach einhelliger Auffassung im Parlament alle Kunden mit über 100 MWh keinen Anspruch auf Grundversorgung mehr haben, sondern in den freien Strommarkt gehen müssen. Die Grosskunden sollten nicht vom im Art. 7 StromVG verankerten WAS-Modell profitieren können, sondern dies sollte den Kunden mit einem Jahresverbrauch von unter 100 MWh vorbehalten sein (vgl. Votum Carlo Schmid-Sutter AB 2006 S 842, vgl. Votum Elmar Bigger AB 2005 N 1062, vgl. auch Votum André Reymond AB 2005 N 1062).

7.3.5 Der Beschwerdegegnerin ist zwar darin zuzustimmen, dass der Zweck der Regelung von Art. 6 StromVG gemäss dem Willen des Gesetzgebers in erster Linie darin besteht, das Wohl der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) zu gewährleisten (vgl. Votum Carlo Schmid-Sutter AB 2006 S 841, vgl. auch Votum Ruedi Aeschbacher AB 2005 N 1059). Aus der parlamentarischen Diskussion ergibt sich jedoch eindeutig, dass die Grosskunden während der ersten 5 Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes ein Wahlrecht bezüglich Grundversorgung und freiem Netzzugang haben sollten. Dabei wird nirgends erwähnt, dass gewissen Grosskunden von vornherein kein

Wahlrecht zukommen solle und Grosskunden, die bereits vom freien Strommarkt profitiert haben, vom Wahlrecht ausgeschlossen seien. Erst in der zweiten Liberalisierungsphase sollten – und dies kann als Konsens im Parlament betrachtet werden – die Grosskunden mit Jahresverbrauch von über 100 MWh keinen Anspruch auf Grundversorgung mehr haben.

Die von der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz zitierten Voten (Votum Elvira Bader AB 2005 N 1062 und Votum Elmar Bigger AB 2005 N 1062), welche den Grosskunden einen Anspruch auf Grundversorgung absprechen, beziehen sich allesamt auf Art. 7 StromVG und damit auf die zweite Liberalisierungsphase. Die Aussagen im Parlament zur zweiten Liberalisierungsphase können aber nicht unbesehen auf die erste Liberalisierungsphase übertragen werden. Im Gegenteil wurde im Parlament ausdrücklich festgehalten, dass die Endverbraucher mit mehr als 100 MWh Jahresverbrauch erst von dem Zeitpunkt an in den freien Markt müssen, ab dem Art. 7 StromVG in Kraft tritt (Votum Carlo Schmid-Sutter AB 2006 S 842). Der von der Vorinstanz erwähnte Wille des Bundesrats ist im Übrigen für die vorliegende Frage nicht von Bedeutung, da die Norm ihre heutige Fassung erst anlässlich der parlamentarischen Beratungen erhalten hat.

7.3.6 Zum Sinn und Zweck von Art. 6 StromVG kann abschliessend festgehalten werden, dass mit dieser Bestimmung sowohl Versorgungssicherheit für Haushalte und KMU wie auch ein Wahlrecht für die Grosskunden festgesetzt werden sollten. Zur Frage, ob den bereits im freien Strommarkt tätigen Grosskunden dieses Wahlrecht nicht zustehen soll, hat sich der Gesetzgeber zwar nicht ausdrücklich geäussert. Es gibt jedoch keinerlei Anzeichen dafür, dass es die Absicht des Gesetzgebers war, diese Grosskunden vom Wahlrecht auszuschliessen. Sowohl aufgrund der grammatikalischen, systematischen wie auch der historischen, zeitgemässen und teleologischen Auslegung muss gelten, dass allen Endverbrauchern mit einem Jahresverbrauch von über 100 MWh aufgrund von Art. 6 StromVG während der ersten 5 Jahre nach Inkrafttreten des StromVG die freie Wahl zwischen Grundversorgung und freiem Strommarkt zukommt. Der Gesetzgeber hat damit für die ersten 5 Jahre nach Inkrafttreten des StromVG den Kreis der Wahlberechtigten eindeutig definiert. Auch wenn der Gesetzgeber nicht geregelt hat, wie Endverbraucher mit über 100 MWh auf den

Netzzugang verzichten können, überlässt er dem Verordnungsgeber damit lediglich die Regelung der Modalitäten des Verzichts, nicht aber die Festlegung der Wahlberechtigten.

7.3.7 Damit steht auch fest, dass die Gesetzesdelegation vorliegend zulässig ist, denn sie ist in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten (Art. 30 Abs. 2 StromVG). Sie beschränkt sich auf die Ausführungsbestimmungen zum StromVG und damit auf ein bestimmtes Sachgebiet. Die wichtigen Regelungen bezüglich der Lieferpflicht wie die Bestimmung der Wahlberechtigten sind im StromVG enthalten (Art. 6 Abs. 1 – 2 und 6 StromVG, vgl. dazu auch nachfolgend E. 8.5).

8.

Da die Gesetzesdelegation zulässig ist, kann das Bundesverwaltungsgericht die StromVV uneingeschränkt auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen (vgl. oben E. 6.6), wobei sich Folgendes ergibt:

8.1 Die StromVV regelt in Art. 11 StromVV den Netzzugang der Endverbraucher. Gemäss Art. 11 Abs. 2 StromVV können Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh, die nicht bereits Elektrizität gestützt auf einen schriftlichen, individuell ausgehandelten Liefervertrag beziehen, dem Betreiber des Verteilnetzes in ihrem Netzgebiet jeweils bis zum 31. Oktober mitteilen, dass sie von ihrem Anspruch auf Netzzugang ab 1. Januar des folgenden Jahres Gebrauch machen. Damit entfällt die Lieferpflicht des Betreibers des Verteilnetzes nach Art. 6 StromVG endgültig.

Der Wortlaut der deutschsprachigen Fassung scheint damit klar. Zudem regelt die italienischsprachige Fassung von Art. 11 Abs. 2 StromVV den Verzicht auf Netzzugang genau gleich wie die deutschsprachige. Hingegen stellt die französischsprachige Fassung nur darauf ab, ob Elektrizität gestützt auf einen individuellen schriftlichen Liefervertrag bezogen wird. Der Begriff "nicht bereits" findet sich in der französischsprachigen Fassung nicht. Wenn also die französischsprachige Fassung massgebend wäre, würde das bedeuten, dass Grosskunden wenigstens einmal ein Wahlrecht haben, indem sie entweder weiterhin gestützt auf individuelle Verträge Strom beziehen oder nun darauf verzichten und in den Genuss der Grundversorgung kommen. Damit würden im Gegensatz zur deutsch- und italienischsprachigen Fassung von Art. 11 Abs. 2 StromVV die

Wahlberechtigten gleich definiert wie im Gesetz. Der Wortlaut der drei Fassungen stimmt somit nicht vollkommen überein und es fragt sich, ob der Verordnungsgeber tatsächlich die Endverbraucher mit Jahresverbrauch von über 100 MWh, welche bereits schriftliche Lieferverträge individuell ausgehandelt hatten, von der Wahl zwischen Grundversorgung und freiem Netzzugang ausschliessen wollte. Dazu sind die weiteren Auslegungsmethoden anzuwenden.

8.2 Aus Art. 1 Abs. 1 StromVV ergibt sich, dass die StromVV die erste Phase der Strommarktöffnung regelt. In Art. 2 Abs. 1 Bst. f StromVV findet sich unter dem ersten Kapitel mit dem Titel "Allgemeine Bestimmungen" die Definition des Endverbrauchers mit Grundversorgung. Gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. f StromVV gelten als Endverbraucher mit Grundversorgung die festen Endverbraucher und Endverbraucher, die auf den Netzzugang nach Art. 6 Abs. 1 StromVG verzichten. Zum Verzicht auf den Netzzugang als solchem lassen sich jedoch aus dem systematischen Zusammenhang, in dem sich Art. 11 der StromVV präsentiert, keine Erkenntnisse gewinnen.

8.3 Grosses Gewicht kommt auch bei der Ermittlung des Zwecks von Art. 11 StromVV den Materialien zu, da die StromVV erst kürzlich in Kraft getreten ist. Im Erläuternden Bericht zum Vernehmlassungsentwurf des Bundesrats vom 27. Juni 2007 zur StromVV (Bericht, www.bfe.admin.ch/themen/00612/00613/indwx.html?lang=de&dossier_id=01392) wird im Zusammenhang mit Art. 4 Abs. 2 StromVV (dem heute fast gleichlautenden Art. 11 Abs. 2 StromVV) unmissverständlich festgehalten, dass bei schriftlichen, individuell ausgehandelten Verträgen sich das Kündigungsrecht nach Vertrag richte. Diese Verträge würden vom Mitteilungsrecht der Verordnung nicht tangiert. Standardisierte schriftliche Verträge könnten hingegen nach Absatz 2 jeweils per 1. Oktober gekündigt werden. Endverbraucher, welche schon bisher Netzzugang gehabt hätten, würden frei bleiben. Sie könnten nicht mehr auf ihren Netzzugang verzichten (Bericht, S. 7).

8.4 Wägt man die Ergebnisse der verschiedenen Auslegungsmethoden gegeneinander ab, muss daher gelten, dass der Verordnungsgeber mit Art. 11 StromVV – auch wenn die französischsprachige Fassung dies nicht ausdrücklich vorsieht – den Endverbrauchern mit über 100 MWh, welche schon bisher freien

Netzzugang hatten, kein Wahlrecht bezüglich Grundversorgung und Netzzugang geben wollte.

8.5 Damit steht fest, dass sich der Ordnungsgeber mit dem Erlass von Art. 11 Abs. 2 StromVV insofern nicht an den durch Art. 6 StromVG gezogenen Rahmen gehalten hat, als dass er nicht nur Modalitäten des Verzichts auf Grundversorgung wie die Netzzugangsmittelteilung jeweils bis zum 31. Oktober regelt, sondern gewisse Endverbraucher mit über 100 MWh Jahresverbrauch von vornherein vom Wahlrecht ausschliesst, obwohl Art. 6 StromVG abschliessend alle Endverbraucher mit über 100 MWh als Wahlberechtigte definiert hat. Damit verstösst er gegen Art. 6 StromVG.

Zudem erweist sich Art. 11 Abs. 2 StromVV auch als verfassungswidrig. Die Verneinung des Rechts auf Grundversorgung stellt einen schweren Eingriff in die Rechtsstellung derjenigen dar, denen die Grundversorgung bisher nicht verwehrt war. Die Frage, wer zwischen Grundversorgung und freiem Strommarkt wählen darf, wurde im Parlament denn auch ausführlich diskutiert. Die Festlegung des Kreises der Wahlberechtigten stellt daher eine wichtige rechtsetzende Bestimmung im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV dar und muss zwingend im formellen Gesetz verankert sein. Der zweite Teilsatz von Art. 11 Abs. 2 StromVV ist demnach gesetzes- und verfassungswidrig.

8.6 Da vorliegend die Beschwerdeführerin einen Jahresverbrauch von über 100 MWh hat, bis jetzt unbestrittenermassen keine Netzzugangsmittelteilung im Sinne von Art. 11 Abs. 2 StromVV gemacht hat und somit vorderhand auf den Netzzugang im Sinne von Art. 6 Abs. 1 StromVG verzichtet, hat sie als (nicht feste) Endverbraucherin mit Grundversorgung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 StromVG, Art. 2 Abs. 1 Bst. f StromVV und Art. 4 StromVV zu gelten. Die Anträge der Beschwerdeführerin auf Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung und auf Feststellung, dass sie Endverbraucherin im Sinne von Art. 6 Abs. 1 StromVG, Art. 2 Abs. 1 Bst. f StromVV und Art. 4 StromVV mit Grundversorgung sei, sind daher gutzuheissen.

9.

Die Beschwerdeführerin macht im Übrigen geltend, sie habe auch deswegen einen Anspruch auf Grundversorgung, weil sie keine schriftlichen, individuell ausgehandelten Lieferverträge im Sinne von Art. 11 Abs. 2 StromVV abgeschlossen habe. Da der 2. Teilsatz von

Art. 11 Abs. 2 Satz 1 StromVV gesetzes- und verfassungswidrig ist und die Beschwerdeführerin als nicht feste Endverbraucherin mit Grundversorgung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 StromVG zu betrachten ist, ist diese Rüge gegenstandslos.

10.

Schliesslich beantragt die Beschwerdeführerin, es sei anzuordnen, dass die vorsorglichen Massnahmen auch für die Dauer der Rechtsmittelfrist an das Bundesgericht Geltung beanspruchen, falls das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde abweise.

Da vorliegend die Hauptanträge der Beschwerdeführerin in der Sache gutgeheissen werden, ist dieser prozessuale Antrag auf Geltung der vorsorglichen Massnahmen auch für die Dauer eines allfälligen Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

11.

Die Beschwerdegegnerin ihrerseits verlangt, ihr sei vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zu geben, zur Rückabwicklung der vorsorglichen Massnahmen Anträge zu stellen und Beweise zu offerieren.

Da aufgrund der vorhergehenden Ausführungen feststeht, dass die Beschwerdeführerin Anspruch auf Grundversorgung gemäss Art. 6 Abs. 1 StromVG hat und sich die Elektrizitätstarife rückwirkend problemlos ermitteln lassen, ist der Antrag der Beschwerdegegnerin betreffend Rückabwicklung der vorsorglichen Massnahmen abzuweisen. Zudem ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine allenfalls aufgrund der Dispositivziffer 4 der Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Februar 2010 geleistete Kautions zurückzuerstatten.

12.

Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG sind die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen.

Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Streitwert der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse 100 - 50'000 Franken (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschä-

digungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Für eine Qualifikation als Streitigkeit mit Vermögensinteresse ist es dabei unerheblich, ob ein Anspruch in Geld ausgedrückt ist oder nicht und aus welchem Rechtsgebiet ein Anspruch entspringt. Massgeblich ist vielmehr, ob der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs letzten Endes im Vermögensrecht ruht, mit dem Begehren letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-7154/2008 vom 18. Februar 2010 E. 3 und A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 16; BEAT RUDIN, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 51, N 12).

12.1 Vorliegend ist von einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse und einem Streitwert von Fr. 500'000.- bis Fr. 1'000'000.- auszugehen. Die Verfahrenskosten sind anhand der oben genannten Kriterien (u.a. mehrfacher Schriftenwechsel betreffend vorsorgliche Massnahmen, Durchführung einer erfolglosen Vergleichsverhandlung und Verfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen) auf insgesamt Fr. 20'000.- festzusetzen (vgl. Art. 4 VGKE).

12.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens – unter Berücksichtigung der Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Februar 2010 betreffend vorsorgliche Massnahmen – gilt die Beschwerdeführerin als weitgehend obsiegend. Daher sind die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 20'000.- der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und der von der Beschwerdeführerin bezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 20'000.- ist dieser nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten.

13.

Der weitgehend obsiegenden Beschwerdeführerin steht eine Parteientschädigung für ihr erwachsene und verhältnismässig hohen Kosten zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 ff. VGKE). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat keine Honorarnote eingereicht, weshalb die Entschädigung auf Grund der Akten festzusetzen ist (Art. 64 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die Parteientschädigung für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist auf Fr. 35'000.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen und der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Soweit auf die Beschwerde eingetreten wird und sie nicht gegenstandslos geworden ist, wird die Beschwerde gutgeheissen, die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 25. Juni 2009 aufgehoben und es wird festgestellt, dass die Beschwerdeführerin eine Endverbraucherin im Sinne von Art. 6 Abs. 1 StromVG, Art. 2 Abs. 1 Bst. f StromVV und Art. 4 StromVV darstellt und dies bleibt, solange sie im Rahmen des geltenden Rechts auf den Netzzugang verzichtet und ein entsprechendes Wahlrecht (Netzzugangsmittelung an den Verteilnetzbetreiber) nicht ausübt.

2.

Der Antrag der Beschwerdegegnerin betreffend Rückabwicklung der vorsorglichen Massnahmen wird abgewiesen.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine allenfalls aufgrund der Dispositivziffer 4 der Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Februar 2010 geleistete Kautionsrückzahlung zurückzuerstatten.

4.

Die Verfahrenskosten von Fr. 20'000.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. Der Betrag ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

5.

Der Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 20'000.- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Kontonummer bekannt zu geben.

6.

Der Beschwerdeführerin wird für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 35'000.- zugesprochen. Diese ist ihr durch die Beschwerdegegnerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu entrichten.

7.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 957-08-137; Gerichtsurkunde)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Christoph Bandli

Beatrix Schibli

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). (Art. 46 Abs. 1 Bst. b BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: