Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2C 739/2010

Urteil vom 6. Juli 2011
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Seiler,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz, Stadelmann,
Gerichtsschreiber Uebersax.

Verfahrensbeteiligte
Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK),
Beschwerdeführer,

gegen

Stahl Gerlafingen AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Michael Merker,
Beschwerdegegnerin,

AEK Energie AG, vertreten durch
Dr.iur. Stefan Rechsteiner, lic.iur. Michael Waldner, Rechtsanwälte, Dr.iur. Azra Dizdarevic, Rechtsanwältin,
Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom.

Gegenstand
Tarifgestaltung, Begriff des Endverbrauchers,

Beschwerde gegen das Urteil
des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung I, vom 19. August 2010.

Sachverhalt:

A.
Die Stahl Gerlafingen AG bezieht ihre elektrische Energie - bei einem durchschnittlichen Verbrauch von jährlich 380 Gigawattstunden (GWh) - seit Jahrzehnten von der AEK Energie AG. Die Lieferung beruhte ausnahmslos auf Energielieferverträgen. Der neuste vom 12. Februar 1999 wurde bis zum 31. Dezember 2001 fest abgeschlossen. Danach wurde der Vertrag nie ausdrücklich, sondern lediglich durch Abschluss weiterer Strompreisvereinbarungen verlängert. Die letzte Strompreisvereinbarung vom 7. Dezember 2006 dauerte bis zum 31. Dezember 2008. 1999 bezog die Stahl Gerlafingen AG als Nachwirkung ihres Verkaufs von der vonRoll Group an die Swiss Steel AG im Jahre 1996 bzw. wegen entsprechender vertraglicher Verpflichtungen auch elektrische Energie von der Energie Ouest Suisse (EOS).

B.
Am 27. August 2008 ersuchte die Stahl Gerlafingen AG die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) um Feststellung, sie sei Endverbraucherin mit Grundversorgung gemäss dem Bundesgesetz vom 23. März 2007

über die Stromversorgung (StromVG; SR 734.7). Am 17. November 2008 ordnete die Elektrizitätskommission vorsorglich an, 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. Mit Verfügung vom 25. Juni 2009 wies die Elektrizitätskommission, gestützt auf das Stromversorgungsgesetz sowie die Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71), das Gesuch in der Sache ab.

C.
Dagegen erhob die Stahl Gerlafingen AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Am 19. August 2010 fällte dieses im Wesentlichen das folgende Urteil:
"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 (Netzzugangsmitteilung an den Verteilnetzbetreiber) nicht ausübt.

2. Der Antrag der Beschwerdegegnerin betreffend Rückabwicklung der vorsorglichen Massnahmen wird abgewiesen.
..."
Zur Begründung führte das Bundesverwaltungsgericht im Wesentlichen aus, die Stahl Gerlafingen AG habe bisher nie von ihrem Recht auf Netzzugang Gebrauch gemacht, weshalb ihr bei richtiger Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen weiterhin ein Anspruch auf Grundversorgung zustehe. Das Verordnungsrecht, das diesen Anspruch einschränke, verstosse gegen das Gesetz und sei überdies verfassungswidrig, weil es eine wichtige rechtsetzende Regelung enthalte, die zwingend in einem formellen Gesetz festgelegt sein müsse.

D.
Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht beantragt das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK; nachfolgend: Departement), das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Verfügung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission zu bestätigen. Zur Begründung wird im Wesentlichen geltend gemacht, die Stahl Gerlafingen AG habe ihren Strom bereits auf dem freien Markt bezogen und könne daher nicht mehr in das Grundversorgungsangebot zurückkehren. Das entsprechende Verordnungsrecht verletze weder das Gesetz noch die Verfassung.

E.
Die Stahl Gerlafingen AG schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Die AEK Energie AG beantragt die Gutheissung der Beschwerde. Die Eidgenössische Elektrizitätskommission unterstützt die Beschwerde, ohne ausdrücklich Antrag zu stellen. Das Bundesverwaltungsgericht hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Das Departement und die AEK Energie AG haben sich in einem zweiten Schriftenwechsel nochmals zu einzelnen Punkten geäussert. Die Stahl Gerlafingen AG hat auf weitere Ausführungen verzichtet.

Erwägungen:

1.
1.1 Verfügungen der Elektrizitätskommission können beim Bundesverwaltungsgericht und hernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 23 StromVG, Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 lit. f VGG bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. 86 Abs. 1 lit. a BGG). Diese Beschwerde steht damit gegen den hier angefochtenen Endentscheid offen.

1.2 Gemäss Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG sind die Bundeskanzlei, die Departemente des Bundes oder, soweit das Bundesrecht es vorsieht, die ihnen unterstellten Dienststellen zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann. Die Bundesgesetzgebung im Energierecht und spezifisch im Recht der elektrischen Energie zählt zum Aufgabenbe-

reich des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation. Dieses ist daher zur Beschwerdeerhebung an das Bundesgericht gemäss Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG befugt. Für die Behördenbeschwerde ist ein spezifisches schutzwürdiges Interesse nicht erforderlich, sondern es genügt das Interesse an der richtigen Durchsetzung des Bundesrechts (BGE 135 II 338 E. 1.2.1 S. 341 f.).

1.3 Streitgegenstand ist einzig, ob das Bundesverwaltungsgericht zu Recht festgestellt hat, dass es sich bei der Beschwerdegegnerin, der Stahl Gerlafingen AG, um eine Endverbraucherin mit Grundversorgung gemäss dem Stromversorgungsrecht des Bundes handelt und sie das auch bleibt, solange sie nicht ihr Wahlrecht auf den Netzzugang ausübt.

1.4 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann deren Sachverhaltsfeststellung auf Rüge hin oder von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder an einer massgeblichen Rechtsverletzung leidet (vgl. Art. 97 und 105 BGG).

2.
2.1 Art. 4 StromVG enthält einige einleitende gesetzliche Begriffsbestimmungen, die für das weitere Verständnis des Gesetzes von Belang sind. Namentlich sind danach Endverbraucher Kunden, die Elektrizität für den eigenen Verbrauch kaufen (Art. 4 Abs. 1 lit. b StromVG mit einer hier nicht interessierenden Ausnahme). Sodann bedeutet Netzzugang das Recht auf Netznutzung, um von einem Lieferanten freier Wahl Elektrizität zu beziehen oder Elektrizität in ein Netz einzuspeisen (Art. 4 Abs. 1 lit. d StromVG). Das 2. Kapitel des Stromversorgungsgesetzes regelt die Versorgungssicherheit und dessen 1. Abschnitt die Gewährleistung der Grundversorgung. Art. 6 StromVG trägt den Titel "Lieferpflicht und Tarifgestaltung für feste Endverbraucher". Nach Art. 6 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 (Abs. 1). Als feste Endverbraucher gelten die Haushalte und die anderen Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte (Abs. 2). Für feste
Endverbraucher gilt ein einheitlicher Elektrizitätstarif, der für mindestens ein Jahr fest und aufgeschlüsselt nach bestimmten Kriterien zu veröffentlichen ist (vgl. Abs. 3). Nach Art. 13 Abs. 1 StromVG sind die Netzbetreiber verpflichtet, Dritten diskriminierungsfrei den Netzzugang zu gewähren. Gemäss Art. 6 Abs. 6 StromVG haben allerdings feste Endverbraucher keinen solchen Anspruch.

2.2 Art. 11 StromVV konkretisiert den Netzzugang der Endverbraucher. In Abs. 1 wird festgelegt, wie der massgebliche Jahresverbrauch zu bestimmen ist, worauf hier nicht weiter eingegangen zu werden braucht, da nicht umstritten ist, dass die Beschwerdegegnerin den fraglichen Jahresverbrauch von 100 MWh deutlich überschreitet. Nach Abs. 2 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. Gemäss Abs. 3 hat ein Endverbraucher mit einem geschätzten Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh, der neu an das Verteilnetz angeschlossen wird, dem Netzbetreiber zwei Monate vor Inbetriebnahme seines Anschlusses mitzuteilen, ob er von seinem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch macht.

2.3 Gemäss dem Wortlaut des Gesetzes haben somit Anspruch auf Grundversorgung sowohl die festen Endverbraucher, d.h. die Haushalte und die Betriebe mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh, als auch die Endverbraucher mit einem solchen von mindestens 100 MWh, die auf den Netzzugang verzichten. Die letzteren verfügen über das Wahlrecht zwischen Grundversorgung und Netzzugang, indem sie entweder vom Netzzugang Gebrauch machen oder auf diesen verzichten und diesfalls Anspruch auf Grundversorgung haben.

2.4 In seiner Botschaft vom 3. Dezember 2004 (BBl 2005 1611 ff.) hatte der Bundesrat vorgesehen, dass lediglich die Haushalte von der Grundversorgung profitieren können sollten (BBl 2005 162). Die Auswei-

tung auf andere Endverbraucher wurde erst durch das Parlament vorgenommen (vgl. AB 2005 N 1053). Die Öffnung des Strommarktes erfolgt in zwei Schritten. In einer ersten Etappe, nämlich während fünf Jahren ab dem Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes (das grundsätzlich am 1. Januar 2008 erfolgte), bleiben die festen Endverbraucher in der Grundversorgung. Damit soll in einer Versuchsphase Versorgungssicherheit für Haushalte und kleine und mittlere Unternehmen geschaffen werden (vgl. AB 2005 N 1056 und 2006 N 1773). Grosskunden mit einem Jahresverbrauch von mehr als 100 MWh steht während dieser Versuchsphase die Wahlfreiheit zwischen Grundversorgung und freiem Netzzugang zu (vgl. AB 2006 S 836 und 840 f.). Nach fünf Jahren (also grundsätzlich auf den 1. Januar 2013) soll der Strommarkt definitiv geöffnet werden, wofür freilich ein dem fakultativen Referendum unterstehender Bundesbeschluss vorausgesetzt wird. Diese Etappierung wurde umgesetzt in Art. 34 StromVG.

3.
3.1 An sich ist zwischen den Verfahrensbeteiligten nicht (mehr) strittig, dass die Beschwerdegegnerin ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung hat, sie sei eine Endverbraucherin im Sinne des Stromversorgungsrechts. Obwohl dies demnach vor dem Bundesgericht nicht angefochten ist, überprüft das Bundesgericht von Amtes wegen, ob ein entsprechendes massgebliches Feststellungsinteresse besteht.

3.2 Nach Art. 25 VwVG setzt ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse voraus, das nicht bloss über abstrakte, theoretische Rechtsfragen, sondern über konkrete Rechte oder Pflichten zu entscheiden ist. Überdies muss ausgeschlossen sein, dass das schutzwürdige Interesse ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden kann (vgl. zur Publikation in den BGE bestimmtes Urteil des Bundesgerichts 2C 343/2010 vom 11. April 2011 E. 6.5; BGE 132 V 257 E. 1 S. 259; 126 II 300 E. 2c S. 303; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., 2010, Rz. 1279 ff.). Im Vordergrund steht dabei das Interesse, dank der vorzeitigen Rechtsklärung das Risiko nachteiliger Dispositionen zu vermeiden (BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 25, Rz. 11). Es kann auch darum gehen, eine komplexe Grundsatzfrage vorweg klären zu lassen, wenn daran erhebliche materiellrechtliche oder prozessuale Folgen geknüpft sind (vgl. WEBER-DÜRLER, a.a.O., Art. 25, Rz. 15; Urteil des Bundesgerichts 1C 6/2007 vom 22. August 2007 E. 3.4).

3.3 Unterliegt die Beschwerdegegnerin der Grundversorgung bzw. ist davon auszugehen, dass sie von ihrem Recht auf Netzzugang noch nicht Gebrauch gemacht hat, profitiert sie von der Lieferpflicht des Betreibers des Verteilnetzes nach Art. 6 Abs. 1 StromVG zu "angemessenen Tarifen", die kostenorientiert sein müssen (Art. 4 Abs. 1 StromVV). Sie hat zwar diesfalls keinen Verhandlungsspielraum gegenüber dem Stromlieferanten bzw. nur einen solchen im Rahmen des anzuwendenden Tarifs. Gleichzeitig verfügt sie aber über eine gewisse Planungssicherheit sowie über die Gewissheit, den nötigen Strom auch zu erhalten. Überdies unterscheidet sich die Zuständigkeit im Streitfall für die Lieferpflicht sowie für die - namentlich hier offene - Frage des Preises für den zu liefernden Strom. Die Klärung entsprechender Streitfragen obliegt der Eidgenössischen Elektrizitätskommission (Art. 22 Abs. 2 lit. a und b StromVG). Wird hingegen davon ausgegangen, die Beschwerdegegnerin habe vom Netzzugang Gebrauch gemacht und unterliegt sie demgemäss nicht mehr der Grundversorgung, so liegt ein vertragsrechtliches Verhältnis vor, das im Streitfall zivilprozessual vor den dafür zuständigen Zivilgerichten zu regeln ist. Schliesslich handelt es sich beim
vorliegenden Fall um einen Pilotprozess, mit dem die bisher offene Frage der Auslegung von Art. 11 StromVV in Verbindung mit Art. 6 StromVG, die sich ähnlich auch in etlichen anderen Fällen stellt, zu beantworten ist. Die Beschwerdegegnerin hat demnach mit Blick auf die erforderliche Planungssicherheit sowohl materiellrechtlich als auch mit Blick auf die eventuelle prozessuale Fortsetzung des Verfahrens, um gegebenenfalls eine fruchtlose Auseinandersetzung vor der Elektrizitätskommission zu vermeiden, falls diese nicht zuständig sein sollte, ein schutzwürdiges privates Interesse an der Feststellung ihres stromversorgungsrechtlichen Status. Hinzu kommt ein gewisses öffentliches Interesse, die anstehenden Fragen mit Blick auf mögliche andere Anwendungsfälle zu klären.

4.
4.1 Die Beschwerdegegnerin bezog ihren Strom seit Jahren und insbesondere schon lange vor Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes (am 1. Januar 2008) auf der Grundlage von individuellen Lieferverträgen. Das

Departement und die Elektrizitätskommission stehen auf dem Standpunkt, damit habe sie bereits vor dem Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes von ihrem Wahlrecht auf Netzzugang Gebrauch gemacht. Sie könne daher nicht mehr in die Grundversorgung zurückwechseln, nachdem ihr Liefervertrag Ende 2008 abgelaufen ist. Es gelte der Grundsatz "einmal frei, immer frei". Ein Hin-und-Her-Wechseln zwischen Netzzugang und fester Grundversorgung entspreche nicht dem Sinn des Gesetzes. Ein Grosskunde, der einmal in den freien Elektrizitätsmarkt gewechselt habe, sei in der Folge daran gebunden, selbst wenn die Bezugsbedingungen in der Grundversorgung günstiger würden. Die Beschwerdegegnerin wendet dagegen ein, sie habe seit Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes gar nie von ihrer Wahlfreiheit Gebrauch gemacht und diese mithin selbst dann noch nicht eingesetzt, wenn die Auffassung der Behörden zutreffen sollte, das Wahlrecht könne nur einmal ausgeübt werden. Ihre vorbestandene Liefervereinbarung sei einfach noch bis ins Jahr 2008
weitergelaufen. Nach deren Ablauf befinde sie sich nunmehr in der Grundversorgung, solange sie sich nicht auf den Netzzugang berufe.

4.2 Umstritten ist die Tragweite von unter altem Recht abgeschlossenen Stromliefervereinbarungen. Zu prüfen ist insbesondere, ob bei Vorliegen von solchen davon auszugehen ist, dass die Elektrizitätsbezüger bereits von ihrem vom Wahlrecht gemäss Art. 6 Abs. 1 StromVG Gebrauch gemacht haben. Gemäss den das Gesetz insoweit konkretisierenden Art. 11 Abs. 2 StromVV steht nur solchen Endverbrauchern mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh ein Wahlrecht zu, die nicht bereits Elektrizität gestützt auf einen schriftlichen, individuell ausgehandelten Liefervertrag beziehen. Das Departement macht dazu geltend, Art. 11 Abs. 2 StromVV konkretisiere nicht den Anspruch auf Grundversorgung, sondern regle einzig die Modalitäten, wie der Anspruch auf Netzzugang umzusetzen sei. Das überzeugt allerdings nicht. Zwar wäre eine Interpretation denkbar, wonach nur dann vom neurechtlichen Anspruch auf Netzzugang Gebrauch gemacht werden darf, wenn keine früher abgeschlossenen individuell ausgehandelten Lieferverträge mehr bestehen bzw. wenn diese also abgelaufen sind. Damit bestünde ein Wahlrecht, es dürfte aber erst nach bzw. beim Ablauf allfälliger unter altem Recht abgeschlossenen Lieferverträge ausgeübt werden, womit Zweck der Bestimmung wäre,
einen Widerspruch zwischen öffentlichem Versorgungs- und Vertragsrecht zu vermeiden. Das Departement vertritt nunmehr aber gerade die gegenteilige Auslegung und behauptet, der Verordnungsgeber habe diejenigen Grossverbraucher, die bereits früher Lieferverträge geschlossen hätten, vom Wahlrecht ausschliessen wollen, indem es ihnen verwehrt bleibe, in die Grundversorgung zurückzukehren. Das dürfte denn auch in der Tat eher den Intentionen des Verordnungsgebers entsprechen. Ob das so verstandene Verordnungsrecht mit dem Gesetz vereinbar ist, erscheint jedoch fraglich.

4.3 Das Bundesgericht kann Verordnungen des Bundesrats vorfrageweise auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit prüfen. Bei unselbständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft es, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, befindet das Gericht auch über die Verfassungsmässigkeit der unselbständigen Verordnung. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsebene eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesgericht verbindlich; es darf in diesem Falle bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrats setzen, sondern es beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist (BGE 131 II 13 E. 6.1 S. 25 f. mit Hinweisen).

4.4 Nach Art. 30 Abs. 2 StromVG erlässt der Bundesrat die erforderlichen Ausführungsbestimmungen. Er verfügt damit über die Kompetenz zur Verordnungsgebung im Anwendungsbereich des Stromversorgungsgesetzes. Dieses äussert sich freilich nicht ausdrücklich dazu, ob die Grosskunden, die bereits vor Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes über einen individuellen Liefervertrag verfügten, noch ein Wahlrecht zwischen Grundversorgung und freiem Netzzugang haben oder nicht. Auch die gesetzlichen Übergangsbestimmungen (vgl. Art. 32 und 33 StromVG) enthalten dazu keine Aussage. Der Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 StromVG ("die auf den Netzzugang verzichten", "qui ne font pas usage de leur droit d'accès au réseau" bzw. "che rinunciano all'accesso alla rete") benützt die Gegenwartsform und weitet den Anwendungsbereich nicht ausdrücklich auch auf die Vergangenheit aus. Das kann als Hinweis dafür verstanden werden, dass frühere Handlungen bzw.

Äusserungen, die aus heutiger Sicht als Verzicht auf die Grundversorgung erscheinen könnten, nicht als solche gelten müssen. Allerdings lässt sich dem Wortlaut des Gesetzes weder deutlich entnehmen, dass der Zugang zur Grundversorgung in solchen Fällen weiter bestehen noch dass er ausgeschlossen sein soll.
Die Materialien geben dazu ebenfalls keinen Aufschluss. Entscheidend sind daher teleologische und systematische Zusammenhänge.

4.5 Mit dem Departement und der Elektrizitätskommission ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber lediglich die einmalige Ausübung des Anspruchs auf Netzzugang vor Augen hatte und damit ein beliebiges (im Extremfall jährliches) Hin-und-Her-Wechseln nicht dem Sinne des Gesetzes entspricht. Wer sich also einmal für den Netzzugang entschieden hat, befindet sich im freien Markt und kann nicht mehr zurück in die Grundversorgung wechseln. Nur eine solche Interpretation der Gesetzesordnung wird dem gesetzgeberischen Ziel der Öffnung des Strommarktes gerecht. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass das Gesetz lediglich eine schrittweise Marktöffnung vorsieht, die in einer ersten Phase nur zu einer Teilliberalisierung führte, wobei die zweite Phase noch unsicher ist und mit Blick auf den geplanten Zeitpunkt der vollständigen Marktöffnung auf den 1. Januar 2013 von entsprechenden politischen Entscheiden im Jahre 2012 abhängt. Die gesetzliche Ordnung darf also nicht so ausgelegt werden, wie wenn bereits eine uneingeschränkte Strommarktliberalisierung gelte oder schon beschlossen wäre. Das spricht gegen eine Gesetzesinterpretation, wonach altrechtliche Vorgänge bereits als definitiver Schritt hin zu einer liberalisierten Marktnutzung zu
verstehen sind. Wird die Marktöffnung nur in Etappen und nicht in einem Schritt umgesetzt, dann muss den Stromkonsumenten grundsätzlich die Gelegenheit eingeräumt werden, von dieser Liberalisierung selbst auch schrittweise Gebrauch zu machen. Da für die Kleinkonsumenten gerade noch keine Liberalisierung greift, hat dies umso mehr für die Grosskunden der Stromlieferanten zu gelten. Es entspricht nicht dem Sinn des Gesetzes, etliche Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von über 100 MWh von vornherein vom Wahlrecht auszuschliessen, was im Übrigen eine erhebliche Beschränkung ihrer Rechtsposition darstellen würde.

4.6 Es kommt hinzu, dass die Rechtshandlungen unter altem Recht nicht ohne weiteres mit gleichen Rechtswirkungen verbunden werden dürfen wie neurechtliche. Wenn das neue Recht an unter altem Recht abgeschlossene Liefervereinbarungen anknüpft, läuft das auf eine gewisse Rückwirkung hinaus. Rechtshandlungen, die unter altem Recht vorgenommen wurden und - wie hier - teilweise schon Jahre zurückliegen, dürfen grundsätzlich nur mit Rechtswirkungen verbunden werden, mit denen die betroffenen Unternehmen damals auch rechnen mussten und konnten, zumal damals das rechtliche Umfeld ein ganz anderes war. Grundsätzlich galt lediglich die kartellrechtliche Marktfreiheit, und auch dies war in der Praxis letztlich erst seit dem Jahr 2003 (nämlich seit BGE 129 II 497) definitiv klar. Obschon dadurch die Möglichkeiten des Strombezugs bei einem selbst gewählten Lieferanten zweifellos ausgeweitet wurden, gab es bereits vorher, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, Liefervereinbarungen. Überdies bedeutet die kartellrechtliche Marktöffnung, die in erster Linie auf die Frage der Durchleitung von Elektrizität ausgerichtet war, nicht vollumfänglich dasselbe wie die sektorspezifische stromrechtliche Liberalisierung, deren Hauptstossrichtung der
eigentliche Strombezug ist. Den entsprechenden Bestimmungen im Stromversorgungsgesetz käme keine eigenständige Tragweite zu, wäre dieselbe Marktfreiheit bereits vom Kartellrecht abgedeckt. Das Stromversorgungsgesetz wurde denn auch vor dem Hintergrund erlassen, dass die kartellrechtliche Liberalisierung als ungenügend erachtet wurde und wichtige Fragen offen liess, die durch die sektorspezifische Liberalisierung geklärt werden sollten (vgl. BBl 2005 1616 f.). Es verbietet sich daher, altrechtlichen Lieferverträgen, die dem damaligen rechtlichen Rahmen unterworfen waren, die gleiche Bedeutung zuzumessen wie neurechtlichen, die unter der Geltung des Stromversorgungsgesetzes und der damit verbundenen teilliberalisierten Ordnung des Elektrizitätsmarktes abgeschlossen werden. Damit enthält das Stromversorgungsgesetz gerade keine Grundlage dafür, aus altrechtlichen Vorgängen abzuleiten, ein Unternehmen verzichte nicht gemäss Art. 6 Abs. 1 StromVG auf den Netzzugang bzw. mache - aus umgekehrtem Blickwinkel - vom entsprechenden Anspruch Gebrauch. Der "Netzzugang" im Sinn von Art. 6 Abs. 1 StromVG meint damit den erst mit diesem Gesetz (vgl. Art. 13 ff. StromVG) geregelten Zugang. Soweit Art. 11 StromVV vorsieht, wie das Departement
annimmt, dass mit Liefervereinbarungen, die bereits vor dem Inkrafttreten des Stromversorungsgesetzes abgeschlossen wurden, der Anspruch auf Netzzugang wahrgenommen wurde, erweist sich die Bestimmung demnach als bundesrechtswidrig.

5.
5.1 Wie bereits das Bundesverwaltungsgericht feststellte, verfügte die Beschwerdegegnerin seit geraumer Zeit und insbesondere schon lange, bevor die kartellrechtliche Marktfreiheit im Jahre 2003 in BGE 129 II 497 klargestellt wurde, über individuelle Liefervereinbarungen mit ihrem Stromlieferanten. Die Rechtsnatur der früheren Verträge ist nicht gänzlich klar und wurde von der Vorinstanz auch nicht genauer abgeklärt. Immerhin ist davon auszugehen, dass es sich grundsätzlich um Liefervereinbarungen mit dem örtlich zuständigen Monopolisten handelte, also um individuelle Vereinbarungen im Rahmen der staatlich geregelten Elektrizitätsversorgung, die inhaltlich nicht über den von dieser Ordnung eingeräumten Handlungsspielraum hinausgehen konnten. Der letzte eigentliche Energielieferungsvertrag datiert vom 12. Februar 1999 und galt formell bis Ende 2001. Verlängert wurde er lediglich durch Abschluss weiterer Strompreisvereinbarungen, wobei die letzte vom 7. Dezember 2006 bis Ende 2008 lief. Einzig im Jahr 1999 verfügte die Beschwerdegegnerin während eines Jahres über einen Liefervertrag mit einer Konkurrentin, nämlich der Energie Ouest Suisse (EOS), also mit einer anderen Lieferantin als mit der lokalen Verteilnetzbetreiberin. Das war
aber, soweit bekannt, die Folge eines Unternehmenszusammenschlusses, bei dem eine vorbestandene Liefervereinbarung mit übernommen werden musste, was offenbar, aufgrund der besonderen Ausgangslage, auch im Einverständnis mit der Monopolistin geschah. Angesichts dieser speziellen tatsächlichen Situation könnte kaum davon ausgegangen werden, die Beschwerdegegnerin habe sich damit im Sinne der kartellrechtlichen Marktöffnung für eine freie Stromnutzung entschieden. Wie es sich damit verhält, braucht aber so oder so nicht näher geprüft zu werden, kommt es doch einzig darauf an, ob die Beschwerdegegnerin nach Inkrafttreten des Stromversorungsgesetzes einen Liefervertrag abgeschlossen und damit von ihrem Wahlrecht Gebrauch gemacht hat (E. 4.6).

5.2 Das trifft indessen nicht zu. Zu einem eigentlichen Vertragsabschluss unter neuem Recht kam es unbestrittenermassen nicht. Daran ändert nichts, dass die Strompreisvereinbarung vom 7. Dezember 2006 bis Ende 2008 lief, war das doch lediglich die Folge der Geltungsdauer des letzten altrechtlichen Vertrages. Dies stellt daher keine neurechtlich massgebliche Ausübung des Wahlrechts dar. Dasselbe gilt für allfällige Vertragsofferten, welche die Beschwerdegegnerin eingeholt haben soll. Selbst wenn sie dies tat, stand es ihr frei, mögliche Vertragsinhalte abzuklären, bevor sie auf den Netzzugang verzichtete bzw. bevor sie davon absah, einen neuen Liefervertrag abzuschliessen. Folglich hat die Beschwerdegegnerin von ihrem Wahlrecht nach Art. 6 Abs. 1 StromVG bis anhin nicht Gebrauch gemacht.

5.3 Der Beschwerdegegnerin steht es demnach als Endverbraucherin im Sinne des Stromversorgungsgesetzes zu, ihre Elektrizität nach den Bestimmungen über die Grundversorgung zu beziehen. Einerseits profitiert sie damit von der Lieferpflicht der für ihren Wohnsitz zuständigen Verteilnetzbetreiberin. Andererseits richtet sich der zu entrichtende Preis nach dem entsprechenden Tarif, der gemäss gesetzlicher Vorgabe festzusetzen ist und dabei insbesondere angemessen und kostenorientiert zu sein hat und von der Elektrizitätskommission überprüft werden kann (E. 3.3). Über die Höhe dieses Tarifs ist damit nichts ausgesagt (vgl. Art. 6 Abs. 3 StromVG, wonach der einheitliche Tarif nur für feste Endverbraucher mit gleichartiger Verbrauchscharakteristik gilt).

5.4 Der angefochtene Entscheid verstösst mithin nicht gegen Bundesrecht und ist zu schützen.

6.
Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

Dem unterliegenden Departement, das keine Vermögensinteressen wahrnimmt, sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG). Hingegen gehen diese zu Lasten der am Verfahren beteiligten und ebenfalls unterliegenden AEK Energie AG (Art. 66 Abs. 1, Art. 65 BGG). Diese hat der Beschwerdegegnerin überdies für das bundesgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.– werden der AEK Energie AG auferlegt.

3.
Die AEK Energie AG hat die Stahl Gerlafingen AG für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 10'000.– zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), der Stahl Gerlafingen AG, der AEK Energie AG, der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 6. Juli 2011
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Zünd Uebersax