Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Entscheid aufgehoben durch BGer mit Urteil vom 14.07.2017 (2C_1142/2016)

Abteilung I
A-7561/2015

Urteil vom 8. November 2016

Besetzung

Richterin Christine Ackermann (Vorsitz),
Richter Jürg Steiger, Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiberin Laura Bucher.

Parteien

1. **A._____,**
2. **B._____,**
beide vertreten durch Dr. Urs Egli und
Riccardo Maisano, Rechtsanwälte,
epartners Rechtsanwälte AG,
Hardturmstrasse 11, 8005 Zürich,
Beschwerdeführer,

gegen

Repower AG,
Via da Clalt 307, 7742 Poschiavo,
vertreten durch lic. iur. Manuel Blättler,
Dr. Stefan Rechsteiner und lic. iur. Michael Waldner,
Rechtsanwälte, Vischer AG,
Schützengasse 1, Postfach 5090, 8021 Zürich 1,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand	Wechsel des Messdienstleisters.

Sachverhalt:

A.
A._____ betreibt drei Photovoltaikanlagen (nachfolgend: PVA; 182 kWp und 47 kWp in … und 130 kWp in …). Netzbetreiberin und Messdienstleisterin an den Standorten der PVA ist die Repower AG. B._____ bzw. C._____ vermittelte A._____ ein Angebot eines anderen Messdienstleisters zur Durchführung der Fernauslesung für seine drei PVA. Deshalb ersuchte B._____ im Auftrag von A._____ die Repower AG am 6. Juni 2014 gestützt auf Art. 8 Abs 2 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71) um Mitteilung der Messpunkte der PVA, um Auskunft über die von der Repower AG verrechneten Kosten für den Betrieb der Messstelle(n), wenn die Fernauslesung durch einen alternativen Dienstleister erfolge, sowie um Mitteilung, auf welchen Zeitpunkt hin ein Wechsel des Messdienstleisters möglich sei.

B.
Am 6. Juni 2014 und 24. Juni 2014 erklärte die Repower AG B._____, A._____ könne den Messdienstleister nicht frei wählen. Gemäss rechtlichen Rahmenbedingungen und Metering Code Schweiz liege die Verantwortung für die Messdatenbereitstellung und die Zuständigkeit für die Wahl der Messapparate beim Netzbetreiber. Man habe im Interesse der Gesamteffizienz und der Gesamtverantwortung kein Bedürfnis, Einzelmessungen von weiteren Dritten betreiben zu lassen. Eine Zustimmung zur Erbringung von Teilen von Messdienstleistungen werde ausdrücklich nicht erteilt.

C.
Am 1. Juli 2014 beantragte B._____ sowohl im eigenen Namen als auch im Namen von A._____ bei der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom, die Repower AG sei anzuweisen, A._____ die Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters für die Zählerfernauslesung (ZFA), ggf. auch den Betrieb der Messstelle zu erteilen. Nach einigen Schriftenwechseln zog B._____ sein eigenes Gesuch zurück und führte das Verfahren ausschliesslich im Namen von A._____ weiter.

D.
Mit Verfügung vom 15. Oktober 2015 wies die ElCom (nachfolgend: Vorinstanz) das Gesuch von A._____ ab. Von der Gebühr von Fr. 23‘600.— auferlegte sie Fr. 21‘240.— A._____ und Fr. 2‘360.— B._____ (C._____). Weil das Masswesen traditionell Aufgabe der Netzbetreiber sei, das Stromversorgungsrecht in diesem Bereich nicht auf Wettbewerb ausgerichtet sei und es keine Rechtsgrundlage zur Durchsetzung des

Wettbewerbs gebe, sei bisher kein Wettbewerb entstanden. Aus den gesetzlichen Bestimmungen ergebe sich kein Kontrahierungszwang zu Lasten der Netzbetreiber. Die Auslegung von Art. 8 Abs. 2 StromVV ergebe, dass der Netzbetreiber die Zustimmung ohne Angabe von Gründen verweigern könne.

E.
Gegen diese Verfügung erheben A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer 1) und B._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer 2) am 20. November 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Der Beschwerdeführer 1 beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Repower AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) sei anzuweisen, die Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters und zum Wechsel des Dienstleisters zum Betrieb der Messstelle (eventualiter Rückweisung an die Vorinstanz) zu erteilen. Zur Begründung bringt er vor, Messdienstleistungen seien vom Betrieb des physikalischen Netzes losgelöst und damit nicht Teil des Netzbetriebs. Die Erbringung von Messdienstleistungen durch Dritte sei gesetzlich ausdrücklich vorgesehen, dies dürfe durch Verweigerung der Zustimmung durch den Netzbetreiber nicht verunmöglicht werden. Die Zustimmung dürfe nur verweigert werden, wenn der sichere Netzbetrieb gefährdet wäre. Ohne Möglichkeit des Wechsels des Messdienstleisters würden ihm höhere Kosten anfallen, weshalb er in seiner Wirtschaftsfreiheit betroffen sei. Der Beschwerdeführer 2 beantragt wie auch der Beschwerdeführer 1, die Kosten der angefochtenen Verfügung seien von der Vorinstanz oder der Beschwerdegegnerin zu tragen, eventualiter seien die Kosten erheblich zu reduzieren.

F.
Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 28. Januar 2016 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist. Das Messwesen sei Teil des Netzbetriebs, wofür der Netzbetreiber zuständig und verantwortlich sei. Es bestehe kein Wettbewerb in diesem Bereich. Eine Auslagerung des Messwesens sei technisch möglich, diese müsse jedoch im freien Ermessen des Netzbetreibers liegen. Die Vorinstanz verzichtet auf eine Stellungnahme.

G.
Auf die weiteren Ausführungen der Parteien und die sich bei den Akten befindenden Unterlagen wird – soweit entscheidrelevant – in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Es prüft seine Zuständigkeit und das Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 7 Abs. 1 VwVG; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-1184/2015 vom 2. Mai 2016 E. 1.1).

Entscheide der ElCom sind beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 23 des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 [StromVG, SR 734.7] und Art. 33 Bst. f VGG). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG ist nicht gegeben. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der Beschwerdeführer 1 ist als Verfahrensbeteiligter formeller Adressat der angefochtenen Verfügung und durch diese auch materiell beschwert. Er ist deshalb zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert. Dem Beschwerdeführer 2 wurden mit der angefochtenen Verfügung Kosten auferlegt, weshalb auch er formell und materiell beschwert ist.

1.3 Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist somit grundsätzlich einzutreten (vgl. E. 3).

2.

2.1 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung respektive das angefochtene Urteil auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts

und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit (Art. 49 VwVG).

2.2 Die Vorinstanz ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung ihrer Entscheide, entbindet das Bundesverwaltungsgericht aber nicht davon, die Rechtsanwendung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen. Weiter 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. Bei der Beurteilung von Fachfragen darf ihr daher ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat (zum Ganzen Urteile des BVGer A-5836/2015 vom 26. Mai 2016 E. 2, A-857/2014 vom 13. November 2014 E. 2, je mit Hinweisen; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.155).

2.3 Auf Beschwerde hin kann das Bundesverwaltungsgericht vorfrageweise Verordnungen des Bundesrates auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit prüfen (konkrete, akzessorische, inzidente Normenkontrolle). Der Umfang der Kognitionsbefugnis hängt dabei davon ab, ob es sich um eine unselbständige oder aber um eine selbständige Verordnung handelt. 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 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) 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 delegier-

ten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist (BGE 140 II 194 5.8, BGE 136 II 337 E. 5.1, BGE 131 II 13 E. 6.1; BVGE 2015/22 E. 4.2, BVGE 2011/46 E. 5.4.1 BVGE 2010/49 E. 8.3.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.177 ff.; je mit weiteren Hinweisen).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer 1 rügt, die Vorinstanz habe seinen Antrag, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, einem Drittanbieter auch den Betrieb der Messstelle zu erlauben, vom Verfahrensgegenstand ausgenommen. Damit habe sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Im vorliegenden Verfahren stellt der Beschwerdeführer 1 zudem unter anderem den Antrag, die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, ihm die Zustimmung zum Wechsel des Dienstleisters zum Betrieb der Messstelle zu erteilen.

3.2 Streitgegenstand in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Er wird folglich durch zwei Elemente bestimmt: erstens durch den Gegenstand der angefochtenen Verfügung oder des angefochtenen Entscheids (sog. Anfechtungsgegenstand) und zweitens durch die Parteibegehren. Dabei bildet das Anfechtungsobjekt den Rahmen, welcher den möglichen Umfang des Streitgegenstandes begrenzt. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Gegenstände, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat und über die sie nicht zu entscheiden hatte, sind aus Gründen der funktionellen Zuständigkeit durch die zweite Instanz nicht zu beurteilen (BGE 136 II 457 E. 4.2, Urteile des Bundesgerichts [BGer] 2C_1055/2013 und 2C_1056/2013 vom 30. August 2014 E. 2.1; BVGE 2010/12 E. 1.2.1; Urteil des BVGer A-3287/2015 vom 2. Juli 2015 E. 2.3.1; CHRISTOPH AUER, Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen, 1997, S. 35, 63 Rz. 403 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl. 2013, Rz. 686 ff.). Geht die mit dem Rechtsbegehren aufgestellte Rechtsfolgebehauptung über den Streitgegenstand hinaus, ist darauf nicht einzutreten (vgl. Urteile des BGer 4A_89/2012 vom 17. Juli 2012 E. 1.2 und 2D.20/2010 vom 20. Mai 2010 E. 1.3; Urteil des BVGer A-3274/2012 vom 25. März 2013 E. 1.4.1).

3.3 Anfechtungsgegenstand ist im vorliegenden Fall die Verfügung der Vorinstanz vom 15. Oktober 2015. Streitgegenstand kann demnach nur sein, was in dieser Verfügung geregelt wird. In der angefochtenen Verfügung weist die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers 1, ihm die Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters zu erteilen, ab. Die Frage, ob auch der Betrieb einer Messstelle einem Messdienstleister zu überlassen ist, ist ausdrücklich nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens bzw. der angefochtenen Verfügung (Ziff. 3.1 Rz. 35 der angefochtenen Verfügung). Da das entsprechende Begehren des Beschwerdeführers 1 nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet und Beschwerdebegehren, welche neue Fragen aufwerfen, den möglichen Streitgegenstand überschreiten, kann über die Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4 im vorliegenden Verfahren nicht befunden werden.

3.4 Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist darüber hinaus nicht ersichtlich, weil der Beschwerdeführer 1 bzw. sein Vertreter der Vorinstanz vor Eröffnung des formellen Verfahrens auf entsprechende Nachfrage hin am 13. August 2014 schriftlich mitgeteilt hat, dass der Betrieb der Messstelle weiter durch die Beschwerdegegnerin erfolgen würde. Folglich durfte die Vorinstanz davon ausgehen, dass der Beschwerdeführer 1 in Präzisierung seines Gesuchs vom 1. Juli 2014 einzig die Frage der Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters, nicht jedoch zum Betrieb der Messstelle, geklärt haben wollte. Indem die Vorinstanz ihr Verfahren entsprechend auf diese Frage beschränkte, beging sie keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

4.

4.1 Gemäss Art. 91 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie. Bund und Kantone setzen sich im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung sowie für einen sparsamen und rationellen Energieverbrauch ein (Art. 89 Abs. 1 BV). Die Energieversorgung ist Sache der Energiewirtschaft. Sie umfasst Gewinnung, Umwandlung, Lagerung, Bereitstellung, Transport, Übertragung und Verteilung von Energieträgern und Energie bis zum Endverbraucher, einschliesslich der Ein-, Aus- und Durchfuhr (Art. 4 des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 [EnG, SR 730.0]). Das Stromversorgungsgesetz vom 23. März 2007 (StromVG, SR 734.7) bezweckt die Schaffung von Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung und einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt (Art. 1 Abs. 1

StromVG). Einerseits sollen auch in einem liberalisierten Umfeld Grundversorgung und Versorgungssicherheit gewährleistet bleiben. Andererseits sollen Anreize für mehr Wettbewerb geschaffen werden; bestehende Monopolstrukturen im Elektrizitätssektor sollen aufgebrochen und Wettbewerb soll zugelassen werden. Diese beiden gesetzgeberischen Zielsetzungen sind bei der Auslegung und Anwendung des StromVG ausgewogen zu berücksichtigen (ROLF H. WEBER/BRIGITTA KRATZ, Stromversorgungsrecht, Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, 2009, § 2 Rz. 4, 11 und 27, § 3 Rz. 5; ROLF H. WEBER, in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner/Föhse [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, 2016 [nachfolgend: Kommentar Energierecht], Rz. 9 ff. zu Art. 1 StromVG; vgl. Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz [nachfolgend: Botschaft StromVG], BBl 2005 1611, 1617).

4.2 Im StromVG sind die Grundsätze der Kooperation und Subsidiarität verankert. Bund und Kantone arbeiten für den Vollzug mit betroffenen Organisationen, insbesondere solchen der Wirtschaft, zusammen. Vor dem Erlass von Ausführungsvorschriften prüfen sie freiwillige Massnahmen dieser Organisationen. Soweit möglich und notwendig, übernehmen sie deren Vereinbarungen ganz oder teilweise in das Ausführungsrecht (Art. 3 Abs. 1 und 2 StromVG). Als Kooperationspartner steht der Verband Schweizer Elektrizitätsmarktunternehmen (VSE) im Vordergrund (Botschaft StromVG, 1643). Im VSE sind die Stromverbundunternehmen am stärksten repräsentiert, was namentlich bei der Überprüfung bzw. Übernahmen von Richtlinien zu berücksichtigen ist (WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, a.a.O., § 2 Rz. 39; vgl. auch SIMONE WALTHER, Kooperative Steuerungsinstrumente im schweizerischen Stromversorgungsrecht, Diss. 2014, S. 165). Gemäss dem Subsidiaritätsprinzip sollen primär diejenigen Aufgaben hoheitlich geregelt werden, welche durch die Energiewirtschaft nicht selber im Gesamtinteresse wahrgenommen werden. Die Selbstregulierung durch die Branche auf der Basis privater Vereinbarungen bringt jedoch eine gewisse Gefahr wettbewerbswidriger Absprachen mit sich. Deshalb sind private Vereinbarungen auf ihre Kompatibilität mit den Grundsätzen des StromVG zu überprüfen (WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, a.a.O., § 2 Rz. 42).

Der VSE hat unter Einbezug und Mithilfe von Branchenvertretern ein Marktmodell für die Elektrische Energie Schweiz (MMEE-CH) ausgearbeitet. Als Branchenempfehlung regelt es die zentralen Aspekte der Organisation des Strommarktes Schweiz und ist Teil eines umfassenden Regelwerks für die Elektrizitätsversorgung im offenen Strommarkt. Das MMEE-CH beinhaltet

ein Netznutzungsmodell (NNM), technische Bestimmungen zu Anschluss, Betrieb und Nutzung des Übertragungsnetzes (Transmission Code), ein Bilanzmanagementkonzept (Balancing Concept), technische Bestimmungen zu Anschluss, Betrieb und Nutzung des Verteilnetzes (Distribution Code) sowie technische Bestimmungen zur Messung und Messdatenbereitstellung (Metering Code, MC).

4.3 Gemäss Art. 5 StromVG teilen die Kantone die Netzgebiete den auf ihrem Territorium tätigen Netzbetreibern zu. Für die Netzgebiete der drei Standorte der PVA des Beschwerdeführers 1 hat die Regierung des Kantons Graubünden die Beschwerdegegnerin als lokale Verteilnetzbetreiberin / Netzbetreiberin bezeichnet. Der Netzbetreiber ist in dem ihm zugeteilten Netzgebiet verpflichtet, alle Endverbraucher und Elektrizitätserzeuger an ihr Übertragungs- bzw. Verteilnetz anzuschliessen (Art. 5 Abs. 5 StromVG; vgl. zum Ganzen JÄGER/SCHEIDEGGER, in: Kommentar Energierecht, Rz. 5 ff. zu Art. 5 StromVG; KATHRIN S. FÖHSE, Die Leiden der jungen Strommarktordnung, in: recht 2015, S. 125 ff., S. 133 ff.). Der Bereich des Netzes stellt ein natürliches Monopol dar, weshalb die Aufgaben der Netzbetreiber, welche nicht dem direkten Wettbewerb ausgesetzt sind, gesetzlich festgehalten sind.

Den Netzbetreibern (Betreiber von Verteilnetzen und schweizerischer Übertragungsnetzbetreiber) obliegt gemäss Art. 8 Abs. 1 StromVG insbesondere die Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes (Bst. a) sowie die Organisation der Netznutzung und die Regulierung des Netzes unter Berücksichtigung des Austausches mit anderen Netzen (Bst. b). Netzbetreiber sind folglich für den adäquaten Ausbau, den sicheren Betrieb und den permanenten Unterhalt des Netzes verantwortlich. Weitere Aufgaben sind die Organisation der Netznutzung inklusive Netzregulierung, Bereitstellung der Reserveleitungskapazitäten und Erlass von Mindestanforderungen für den Netzbetrieb. Da die Sicherheit des Netzes von jedem angeschlossenen Netzbetreiber abhängt, gilt zudem eine generelle Koordinationspflicht für die Tätigkeiten der Netzbetreiber (Botschaft StromVG, 1646; WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, a.a.O., § 3 Rz. 37 ff.; ANDREA KAISER, in: Kommentar Energierecht, Rz. 2 ff. zu Art. 8 StromVG).

In der Stromversorgungsverordnung werden die Aufgaben der Netzbetreiber näher definiert. Demgemäss sind die Netzbetreiber unter anderem auch für das Messwesen und die Informationsprozesse verantwortlich

(Art. 8 Abs. 1 StromVV). Dazu legen sie transparente und diskriminierungsfreie Richtlinien fest, insbesondere zu den Pflichten der Beteiligten, zum zeitlichen Ablauf und zur Form der zu übermittelnden Daten. Die 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). Wenn die Netzbetreiber in der StromVV verpflichtet werden, die zum Vollzug erforderlichen Richtlinien festzulegen, hat der Gesetzgeber an die vom VSE ausgearbeiteten Branchendokumente (vgl. E. 4.2) gedacht (BFE, Stromversorgungsverordnung, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007 [nachfolgend: Erläuternder Bericht StromVV], S. 4; vgl. Art. 27 Abs. 4 StromVV).

4.4

4.4.1 Im Messwesen ist zwischen der betrieblichen Messung und der Verrechnungsmessung zu unterscheiden (vgl. Glossar für die Regeln des Schweizer Strommarktes, 1. Auflage 2010, Version 1.0). Die betriebliche Messung umfasst die Erfassung von Messdaten für Aufgaben der Betriebsführung. Sie dient der Sicherstellung des reibungslosen Netzbetriebs und betrifft die Messeinrichtungen des Netzbetreibers im Netz. Verantwortlich für die betriebliche Messung im Verteilnetz sind die Verteilnetzbetreiber (vgl. Art. 8 Abs. 3 StromVV; ANDREA KAISER, in: Kommentar Energierecht, Rz. 3 zu Art. 4 Abs. 1 lit. g StromVG; vgl. zum Ganzen Distribution Code Schweiz [vgl. E. 4.2], Ausgabe Oktober 2014, S. 34). Die Verrechnungsmessung ist die Messung im Netz, welche dem Abrechnungszweck dient.

Zur Verrechnungsmessung gehören das Messdatenmanagement (nachfolgend auch Messdienstleistungen) und der Betrieb der Messstellen. Die Verrechnungsmessung betrifft die Messeinrichtungen bei den Kunden bzw. Erzeugern (vgl. Metering Code Schweiz, Ausgabe Mai 2016). Der Messstellenbetrieb (Einbau, Betrieb und Wartung der Stromzähler) ist wie eben erwähnt von den Messdienstleistungen (Auslesen der Daten, Datenaufbereitung und Datentransfer) zu unterschieden. Der Bereich des Messstellenbetriebs ist klar abgrenzbar, demgegenüber sind jedoch die Zuständigkeiten und Begriffe im Bereich der Messdienstleistung/Messung nicht eindeutig definiert (vgl. zum Ganzen Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste, Kosten-Wirksamkeits-Analyse von Organisationsmodellen des Messwesens in Stromverteilnetzen in der Schweiz, Studie für das Bundesamt für Energie vom 12. August 2015 [nachfolgend:

Kosten-Wirksamkeits-Analyse], S. 7, S. 88; vgl. ANDREAS STÖCKLI, Messwesen im Bereich der elektrischen Energie – geschlossener oder offener Markt?, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2015, 2016, S. 159 ff., 163 f.). Das StromVG enthält keine Regelungen zum Messwesen, die Klarheit bringen würden.

4.4.2 Gemäss Art. 8 Abs. 5 StromVV müssen alle Erzeuger, d.h. Eigentümer einer Anlage zur Erzeugung von elektrischer Energie (z.B. PVA), mit einer Anschlussleistung über 30 kVA mit einer Lastgangmessung mit automatischer Datenübermittlung (Zählerfernauslesung) ausgestattet sein. Die Erzeuger tragen die dadurch verursachten Anschaffungskosten und wiederkehrenden Kosten selbst. Als individuell in Rechnung gestellte Kosten dürfen die Kosten für die Lastgangmessung folglich gemäss Art. 14 Abs. 3^{bis} StromVG bei der Festlegung des Netznutzungsentgelts nicht berücksichtigt werden. In einer Mitteilung vom 12. Mai 2011 (Stand 3. November 2015) lässt die ElCom verlauten, dass sich aufgrund einer internen Abklärung Messkosten (für Lastgangmessungen) in der Höhe von rund Fr. 600.— jährlich pro Messstelle als nicht auffällig erwiesen haben. In diesem Betrag seien die anteiligen jährlichen Anschaffungskosten (Abschreibungen und Zinsen) sowie die wiederkehrenden Kosten enthalten.

Die übrigen Kosten für das Mess- und Abrechnungswesen gelten gemäss Art. 15 Abs. 2 StromVG als Kosten für die mit dem Betrieb der Netze direkt zusammenhängen Leistungen und stellen damit anrechenbare Netzkosten gemäss Art. 15 StromVG dar (Botschaft StromVG, 1653). Diese übrigen Kosten des Messwesens sind folglich Teil der Netznutzungskosten und dürfen den Bezügern – im Unterschied zu den individuell in Rechnung gestellten Kosten für die Lastgangmessung – nicht zusätzlich in Rechnung gestellt werden (Art. 8 Abs. 3 StromVV; vgl. VSE, Branchenempfehlung Messkosten, Bestimmung und Abgrenzung der Kosten für Lastgangmessungen und deren Verrechnung im Sinne von Art. 8 Abs. 5 StromVV, Ausgabe September 2014 [nachfolgend: Branchenempfehlung Messkosten], Ziff. 1.1 (2), S. 7; vgl. Erläuternder Bericht StromVV, S. 11).

Netzbetreiber haben in ihrer Kostenrechnung die Kosten für das Mess- und Informationswesen separat auszuweisen (Art. 7 Abs. 3 Bst. f StromVV). Zudem teilt die ElCom mit, dass es im Sinne der Transparenz erwünscht sei, dass die Netzbetreiber die Tarife für das Messwesen in ihren Tarifblättern separat ausweisen. Nur so würden die Endverbraucher die effektiven

Kosten kennen, die bei einem Lieferantenwechsel anfallen würden (Mitteilung der ElCom vom 12. Mai 2011, Stand 3. November 2015). Die Strombranche vertritt jedoch die Ansicht, es bestehe keine Pflicht, Messtarife separat zu berechnen, offenzulegen oder separat in Rechnung zu stellen (Branchenempfehlung Messkosten, Ziff. 1.1 (3), S. 7 und Ziff. 1.4 (2), S. 9).

Im Fall des Beschwerdeführers 1 weist die Netzbetreiberin die Kosten für die tägliche Messdatenbereitstellung (tägliche Fernauslesung inkl. Datenplausibilisierung, Datenaustausch/Versand und Produktionsdatenanmeldung) auf dem auf der Homepage veröffentlichten Tarifblatt 2016 mit Fr. 47.— monatlich aus (http://www.repower.com/ch/privatkunden/strom/produkte-preismodelle/; abgerufen am 8. September 2016), was einer Jahresgebühr von Fr. 564.— entspricht und damit im von der ElCom angegebenen Bereich für Lastgangmessungen liegt. Gemäss vom Beschwerdeführer eingereichter Rechnung vom 16. Oktober 2015 belaufen sich die Messkosten für eine Solarstromanlage jedoch effektiv auf Fr. 62.— monatlich (tägliche Messdatenbereitstellung). Dies entspricht einer Jahresgebühr von Fr. 744.— und liegt über dem von der ElCom als nicht auffällig genannten Fr. 600.—. Der Beschwerdeführer 2 bzw. die Swiss Metering AG bietet demgegenüber Lastgangmessungen inkl. Datenübermittlung zum Preis von Fr. 300.— pro Jahr an, dazu kommen Fr. 200.— jährlich für den Zählerbetrieb, was jährlichen Messkosten für die Lastgangmessung von insgesamt Fr. 500.— entspricht (http://www.swissmetering.ch/deutsch/unser-angebot/preise/; abgerufen am 8. September 2016). Das bedeutet, dass der Beschwerdeführer 1 bei Zustimmung der Beschwerdegegnerin zum Wechsel des Messdienstleisters jährlich Messkosten von rund Fr. 244.— pro Anlage einsparen könnte.

4.4.3 Nach Inkrafttreten des StromVG haben erste Erfahrungen gezeigt, dass sich die Ziele einer wettbewerbsorientierten und sicheren Stromversorgung mit transparenten Preisen nicht vollständig erfüllen lassen. Das Bundesamt für Energie BFE und weitere Akteure stufen die Kosten für den Betrieb von Messstellen und für die Messdienstleistungen als hoch bzw. überhöht ein. Viele Netzbetreiber erheben trotz Intervention der ElCom sehr hohe Messkosten (bis ca. Fr. 2‘000.— pro Jahr für eine Lastgangmessung), da die Messkosten gemäss soeben aufgezeigter Regelung an die Kunden weitergegeben werden können (vgl. Mitteilung der der ElCom vom 12. Mai 2011, Stand 3. November 2015). Endverbraucher, die einen Netzzugang beantragen und Erzeuger müssen die Messkosten bezahlen, bevor sie Zugang erhalten oder Strom einspeisen können. Damit werden die

Messkosten zu einer Marktzutrittsschranke, was die Strommarktliberalisierung bremst und den Zielen des StromVG entgegen steht (RÉRAT, in: Kommentar Energierecht, Rz. 43 zu Art. 8 StromVG; zum Ganzen Regulierungsfolgenabschätzung zur Revision des Stromversorgungsgesetzes, Schlussbericht vom 29. Oktober 2015 im Auftrag des Bundesamtes für Energie und des Staatssekretariats für Wirtschaft [nachfolgend: Bericht Regulierungsfolgen], S. 6, S. 12, S. 36 f.; Bundesamt für Energie, Versorgungssicherheit und Wettbewerbsentwicklungen unter dem StromVG und der StromVV, Bericht an den Bundesrat nach Art. 27 Abs. 3 StromVV vom November 2013 [nachfolgend: Bericht Versorgungssicherheit], S. 29; vgl. auch Kosten-Wirksamkeits-Analyse, S. 19, S. 80 f.; XAVIER RÉRAT, a.a.O., Rz. 43 zu Art. 8 StromVG; vgl. ferner auch schon Botschaft zum Elektrizitätsmarktgesetz vom 7. Juni 1999, BBl 1999 7370 ff., 7391). Deshalb steht im Rahmen der Revision des StromVG eine (Teil-)Liberalisierung des Messwesens zur Diskussion (vgl. Antwort des Bundesrates vom 8. Dezember 2014, Fragestunde/Frage 14.5644, Photovoltaikanlagen, Lastgangmessung vor Einführung der Marktöffnung?, Nationalrätin Aline Trede).

5.

5.1 Die Vorinstanz hält in der angefochtenen Verfügung fest, für die Messdienstleistungen bestehe weder ein rechtliches noch ein natürliches noch ein faktisches Monopol der Netzbetreiber. Jedoch seien die Messeinrichtungen Teil des Elektrizitätsnetzes und die entsprechenden Kosten Teil des Netznutzungsentgelts, womit das Messwesen Aufgabe der Netzbetreiber sei. Daher sei das Messwesen nicht auf Wettbewerb ausgerichtet und im Bereich der Einzelmessdienstleistungen bisher kein Wettbewerb entstanden.

5.2 Ein *staatliches Monopol* liegt vor, wenn der Staat das Recht hat, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit unter Ausschluss aller anderen Personen auszuüben oder durch Dritte ausüben zu lassen. Nicht darunter fallen allerdings Tätigkeiten, welche nach ihrer Natur nur vom Staat selbst ausgeübt werden können. Weil durch die Monopolisierung die betreffende Tätigkeit dem Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit weitgehend entzogen ist, hat der Staat möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse zu schaffen (vgl. BGE 128 I 136, 142). Ein *privates Monopol* hingegen liegt vor, wenn private Unternehmen einen Markt für bestimmte Güter oder Dienstleistungen beherrschen.

5.3

5.3.1 Beruht ein Monopol auf einem Rechtssatz, liegt ein *rechtliches Monopol* vor. Dieses kann unmittelbarer (z.B. Monopol zur Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen gemäss Art. 93 BV) oder mittelbarer Natur (z.B. obligatorische Unfallversicherung bei der Schweizerischen Unfallversicherung) sein. Ein *faktisches Monopol* besteht dann, wenn das Gemeinwesen aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten, insbesondere wegen seiner Hoheit über öffentliche Sachen, die Privaten von einer ihnen an sich nicht verbotenen wirtschaftlichen Tätigkeit ausgeschlossen hat (vgl. zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 2686 ff.; BERNHARD WALDMANN, Staatliche Monopole in der Schweiz, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2007, 2008, S. 75 ff., S. 76 ff; RICCARDO JAGMETTI, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Energierecht, Band VII, Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli [Hrsg.], 2005, § 2 Rz. 2426 ff.).

5.3.2 Zum Messwesen finden sich im StromVG wie auch für den Bau und Betrieb von elektrischen Anlagen sowie die Lieferung von Energie keine Bestimmungen, nach denen ein rechtliches Monopol geschaffen würde, obwohl der Bund aufgrund der Gesetzgebungskompetenz von Art. 91 BV diese Möglichkeit grundsätzlich hätte (vgl. FÖHSE, a.a.O., 139, 141 f.; STÖCKLI, a.a.O., 169 ff., 175 mit Hinweisen, 191). Folglich besteht im Bereich des Messwesens mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage *kein rechtliches Monopol*.

5.3.3 Weil für die Verteilung von Elektrizität Leitungen über öffentliche Strassen gelegt werden müssen, kann das Gemeinwesen Privaten die Benutzung des öffentlichen Grundes zum Verlegen der Leitungen nicht gestatten. Mit diesem Ausschluss begründet es faktisch ein Verteilungsmonopol des Netzbetreibers (vgl. STÖCKLI, a.a.O., 173 f. mit Hinweisen). Weil sich die Messgeräte jedoch nicht auf öffentlichem Grund befinden, ist es beim Messwesen nicht das Gemeinwesen, welches Private von einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausschliesst. Damit liegt im Bereich des Messwesens *kein faktisches Monopol* vor.

5.4

5.4.1 Ein *natürliches Monopol* ist durch ökonomische Faktoren bedingt und liegt vor, wenn auf der Angebotsseite eines Marktes Subadditivität sowie Irreversibilität der Kosten vorliegen. Das heisst, dass ein einziger Anbieter ein Gut zu niedrigeren Durchschnittskosten produzieren kann als zwei oder mehr Anbieter (Subadditivität). Dies ist der Fall, wenn die Fixkosten gegenüber den variablen Kosten sehr hoch sind. Irreversibilität ist gegeben, wenn bestimmte Entscheidungen nicht ohne bedeutende wirtschaftliche Einbussen rückgängig gemacht werden können. Dies trifft auf Kosten zur Beschaffung nicht alternativ verwendbarer Produktionsfaktoren zu, die bei einem Marktaustritt unwiederbringlich abgeschrieben werden müssen (WALTHER, a.a.O., S. 26 f.; STÖCKLI, a.a.O., S. 164 f.; ROLF H. WEBER/BRIGITTA KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, 2005, § 4 Rz. 43, § 7 Rz. 126 f.; JAGMETTI, a.a.O., § 2 Rz. 2430 ff.).

5.4.2 Der Bereich des Netzbetriebs stellt sodann ein natürliches Monopol dar und unterliegt demnach keinem Wettbewerb (Botschaft StromVG, 1619; FÖHSE, a.a.O., 128; STÖCKLI, a.a.O., 165; PHYLLIS SCHOLL, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rz. 13.5). Zwar hängen der Netzbetrieb und das Messwesen eng zusammen, jedoch ist eine Trennung der beiden Bereiche bzw. die Ausführung der Aufgaben im Messwesen durch einen Dritten unbestrittenermassen technisch möglich (vgl. Art. 8 Abs. 2 StromVV; STÖCKLI, a.a.O., 176 ff.; Kosten-Wirksamkeits-Analyse, S. 22 f.). Folglich muss es sich beim Messwesen als solches nicht ebenfalls um ein natürliches Monopol handeln.

5.5 Die Vorinstanz macht geltend, das Messwesen gehöre zum Netzbetrieb, sei nicht auf Wettbewerb ausgerichtet und somit liege kein natürliches Monopol vor. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob das Messwesen zum Netzbetrieb gehört oder nicht. Dabei ist zu beachten, dass es vorliegend nur um einen Teil des Messwesens, nämlich um die Messdatenbereitstellung bzw. Fernauslesung der Lastgangmessung, für welche der Beschwerdeführer bei der Beschwerdegegnerin um Zustimmung zum Wechsel ersucht hat, geht (vgl. E. 3 und E. 4.4).

6.

6.1 Der Beschwerdeführer bringt vor, entgegen der Ansicht der Vorinstanz seien die Messdienstleistungen nicht Teil des Netzbetriebs und damit nicht

vom natürlichen Monopol des Netzbetriebs umfasst. Die Messdienstleistungen seien vielmehr vom Betrieb des physikalischen Netzes losgelöst. Die Zählerfernauslesung, um welche es in dieser Sache hauptsächlich gehe, bearbeite und übermittle lediglich Daten, die von einem Messgerät erfasst würden. Sie habe keine Funktion im Zusammenhang mit dem Betrieb des physikalischen Netzes und diene nur der kommerziell-administrativen Abrechnung. Folglich seien Messdienstleistungen auch keine Nebenanlagen. Technische Risiken seien mit einer Auslagerung deshalb nicht verbunden. Die den Produzenten verrechneten Kosten für Lastgangmessungen seien individuell in Rechnung gestellte Kosten und nicht Teil des Netznutzungstarifs. Auch dieser Umstand spreche dafür, dass die Lastgangmessung gerade nicht zum Netzbetrieb gehöre.

6.2 Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, weder Gesetz noch Verordnung würden eine Trennung von Netzbetrieb, Messdienstleistungen und Messstellenbetrieb vorsehen. Die Zuweisung des Messwesens zum Netzbetrieb sei sachlich geboten und erforderlich. Die Zuverlässigkeit der Messdaten sei das Rückgrat des Strommarktes. Der Strommarkt und die zuverlässige Abwicklung des Bilanzsystems könnten nur funktionieren, wenn eine jederzeitige und richtige Nachvollziehbarkeit der physischen Einspeisungen und Ausspeisungen in das und aus dem Netz gegeben seien. Der Netzbetreiber sei zwingend für den Netzbetrieb und damit auch für das Messwesen verantwortlich. Die Zuverlässigkeit des Messwesens könnte gefährdet sein, wenn der Netzbetreiber das Messwesen nicht nach eigenem Willen an einen Dritten übertragen könne. Eine Aufteilung der Zuständigkeit würde zwingend eine Neuzuteilung der Verantwortung bedingen, wobei die Grenzziehung zwischen dem Verantwortungsbereich des Netzbetreibers und dem Messdienstleister nicht trivial sei und zu komplexen Schnittstellen führen würde. Die Kosten des Messwesens würden als mit dem Betrieb der Netze direkt zusammenhängende Leistungen gelten.

6.3 Messstellenbetrieb und Messdienstleistungen stellen wichtige Hilfsdienste im Hinblick auf den Netzbetrieb, den Netzzugang und die Energielieferung dar, indem die Messdaten Grundlage der diversen Abrechnungsprozesse im Strommarkt liefern (STÖCKLI, a.a.O., 163). Deshalb ist vorliegend unbestritten, dass das Messwesen im Allgemeinen eng mit dem Netzbetrieb zusammenhängt. Im vorliegenden Fall interessiert indes die Frage, ob die Lastgangmessung mit Zählerfernauslesung eines Produzenten, nämlich des Beschwerdeführers 1, als Teil der Verrechnungsmessung (vgl. E. 4.4.1 zur Abgrenzung der Verrechnungsmessung von der betrieblichen

Messung) zum Netzbetrieb gehört und damit ausschliesslich Aufgabe des Netzbetreibers ist.

6.4 Gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. a StromVG gehören zum Elektrizitätsnetz eine Vielzahl von Leitungen und die erforderlichen Nebenanlagen zur Übertragung und Verteilung von Elektrizität. Für das Übertragungsnetz werden die Messeinrichtungen als zugehörig definiert (Art. 2 Abs. 2 Bst. b StromVV), für das Verteilnetz fehlt eine entsprechende Bestimmung. Nicht individuell in Rechnung gestellte Kosten für das Mess- und Abrechnungswesen gelten zudem wie ausgeführt als mit dem Betrieb zusammenhängende anrechenbare Betriebskosten (vgl. E. 4.4.2). Daraus könnte gefolgert werden, dass Messeinrichtungen als Nebenanlagen zu definieren sind und zum Netz gehören (so auch STÖCKLI, a.a.O., 177 f. und OLIVER MOIRA, in: Kommentar Energierecht, Rz. 3 zu Art. 4 StromVG, der festhält, dass sich die Nebenanlagen von Übertragungs- und Verteilnetz nicht unterscheiden würden).

6.5 Die Verantwortung für das Messwesen ist dem Netzbetreiber übertragen (Art. 8 Abs. 1 StromVV, vgl. E. 4.3). Dies deutet darauf hin, dass das Messwesen zum Aufgabenbereich des Netzbetreibers und damit zum Netzbetrieb gehört (so auch STÖCKLI, a.a.O., 178 ff.). Hierbei ist jedoch zu beachten, dass eine Trennung des Messwesens von den übrigen Aufgabenbereichen des Netzbetreibers rund um den Netzbetrieb technisch problemlos möglich ist (STÖCKLI, a.a.O., 179; Kosten-Wirksamkeits-Analyse, S. 23) und beispielsweise in Deutschland, wo das Messwesen vollständig liberalisiert wurde, auch umgesetzt ist. D.h. der Netzbetreiber ist nicht verpflichtet, alle in seinem Verantwortungsbereich liegenden Aufgaben selbst wahrzunehmen. In der Stromversorgungsverordnung ist sodann ausdrücklich vorgesehen, dass Dritte Dienstleistungen im Bereich des Messwesens erbringen können (Art. 8 Abs. 2 StromVV).

6.6 Die Kosten für das Messwesen (Verrechnungs- und betriebliche Messung) sind gemäss Art. 15 Abs. 2 StromVG Teil der anrechenbaren Betriebskosten und damit des Netznutzungsentgelts (vgl. E. 4.4.2). In der Rechnungstellung sind die Netznutzung einerseits und die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen sowie die Zuschläge auf die Übertragungskosten des Hochspannungsnetzes andererseits gesondert auszuweisen. Auch die Belieferung mit Elektrizität ist auf der Rechnung getrennt von der Netznutzung auszuweisen, nicht jedoch die Kosten für das Messwesen (Art. 12 Abs. 2 StromVG). Dies spricht ebenfalls dafür, das Messwesen als zum Netzbetrieb zugehörig zu betrachten. Auf der anderen Seite sind die

Netzbetreiber gemäss Art. 7 Abs. 3 Bst. f StromVV verpflichtet, in der der ElCom vorzulegenden Kostenrechnung die Kosten für das Mess- und Informationswesen (Verrechnungs- und betriebliche Messung) separat auszuweisen und es wird den Verteilnetzbetreibern gar empfohlen, die Kosten für die angebotenen Messdienstleistungen (Verrechnungsmessung) in den Tarifen separat auszuweisen.

6.7 Zusammenfassend könnte aus dem Gesagten gefolgert werden, dass das Messwesen bzw. die Messdienstleistungen eher als zum Netzbetrieb zugehörig zu definieren wären. Dagegen spricht jedoch die Tatsache, dass es sich bei Kosten für die Lastgangmessung – also jener Messdienstleistung, um die es im vorliegenden Fall geht – gerade nicht um anrechenbare Betriebskosten, sondern um individuell in Rechnung gestellte Kosten handelt, die nicht zur Netznutzung bzw. zum Netzbetrieb gehören (vgl. E. 4.4.2).

Mit der Schaffung einer Grundlage für die flächendeckende Einführung von sog. Smart Metern im Rahmen der Energiestrategie 2050 des Bundes wird sich die Frage stellen, ob diese unterschiedliche Kostenregelung aufrecht zu erhalten ist bzw. ob die Zuständigkeiten im Messwesen zu klären sind, weil künftig die Smart Meter zusätzlich zur Verrechnungsmessung auch für die betriebliche Messung genutzt werden können (Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 und zur Volksinitiative „Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie [Atomausstiegsinitiative]“ vom 4. September 2013, BBl 2013 7561, 7636; vgl. VSE, Verantwortlichkeit im Messwesen, Themenpapier vom 22. Oktober 2014). Die Frage, ob das Messwesen bzw. die Messdienstleistung (Lastgangmessung mit Zählerfernauslesung) der Verrechnungsmessung zum Netzbetrieb gehört oder nicht, ist unter Berücksichtigung dieser Unsicherheiten vorliegend offen zu lassen, auch weil – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – die Beschwerde aus anderen Gründen abzuweisen ist. Damit kann auch offen bleiben, ob der Bereich des Messwesens dem Wettbewerb entzogen ist, zumal das Vorliegen eines faktischen bzw. natürlichen Monopols die Anwendbarkeit der wettbewerbsrechtlichen Regeln ohnehin nicht ausschliessen würde (WALDMANN, a.a.O., S. 97, mit Verweis auf BGE 129 II 497).

7.

7.1 In der angefochtenen Verfügung hält die Vorinstanz fest, eine Liberalisierung des Messwesens betreffe die Rechte und Pflichten von Netzbetrei-

bern, Produzenten und Endverbrauchern. Selbst wenn nur die Messdienstleistungen für Endverbraucher mit Netzzugang und für Produzenten liberalisiert würden, sei die Zahl der Betroffenen erheblich. Je nach Ausgestaltung der Liberalisierung sei diese von grosser finanzieller Tragweite. Weil die Netzbetreiber derzeit davon ausgehen würden, dass nur sie selbst oder Dritte mit ihrer Zustimmung im Messwesen tätig sein würden, würde eine Liberalisierung zu einer Umverteilung der über das Messwesen generierten Einnahmen führen. Aufgrund dieser finanziellen Konsequenzen sei mit Widerstand der Netzbetreiber gegen eine Liberalisierung des Messwesens zu rechnen. Aus diesen Gründen sei eine explizite gesetzliche Grundlage für die Liberalisierung nötig, welche derzeit noch nicht existiere.

7.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, es sei entgegen der Ansicht der Vorinstanz unzutreffend, dass das StromVG die Messdienstleistungen dem Markt entzogen habe. Folglich sei auch keine Gesetzesbestimmung notwendig, welche die Liberalisierung in diesem Bereich ausdrücklich statuieren müsse. In Art. 8 Abs. 2 StromVV sei ausdrücklich vorgesehen, dass Dienstleistungen im Bereich des Mess- und Informationswesens auch von Dritten erbracht werden können. Umstritten sei das Zustimmungserfordernis und wie dieses auszulegen sei. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz dürfe die Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters durch den Netzbetreiber nur verweigert werden, wenn dadurch der sichere Netzbetrieb gefährdet sei. Wenn die Vorinstanz die Verweigerung der Zustimmung ohne Angabe von Gründen erlaube, schaffe sie de facto ein Monopol und verletze damit Bundesrecht. Die Vorinstanz berücksichtige in ihrer Güterabwägung einseitig die Interessen der Verteilnetzbetreiber und setze diese mit dem öffentlichen Interesse gleich.

7.3 Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, das StromVG würde keine Delegationsnorm enthalten, welche eine andere Kompetenz- bzw. Verantwortungszuordnung im Zusammenhang mit dem Netzbetrieb oder Teilen davon durch den Verordnungsgeber ermöglichen würde. Die gesetzliche Verantwortung des Netzbetreibers für die Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes, welche auch die Verantwortung für das Messwesen beinhalte, sei eine wichtige und für das sichere Funktionieren des geöffneten Strommarkts zentrale Rechtsnorm. Deshalb müsse die Auslagerung des Messwesens im freien Ermessen des Netzbetreibers liegen. Für einen Zwang, Dritte zuzulassen, fehle die gesetzliche Grundlage. Eine zwangsweise Auslagerung von Teilen des Netzbetriebs würde zu einem „Rosinenpicken“ zulasten der Solidarität der Netznutzer führen, weil die Netzkosten ansteigen würden, wenn die Netzbetreiber nur

noch die unrentablen oder kostenintensiven Aufgaben weiterführen könnten. Aufgrund diverser Abgrenzungsfragen würden zudem Zusatzkosten anfallen, welche dem Grundsatz des effizienten Netzbetriebs widersprechen würden.

7.4 Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage (Art. 5 Abs. 1 BV). Inhaltlich verlangt das Legalitätsprinzip, dass staatliches Handeln insbesondere auf einem generell-abstrakten Rechtssatz von hinreichender Normstufe und genügender Bestimmtheit beruht. Werden Rechtsetzungskompetenzen des Gesetzgebers auf den Verordnungsgeber übertragen, spricht man von Gesetzesdelegation. Der Gesetzgeber ermächtigt damit im (formellen) Gesetz die Exekutive zum Erlass von gesetzesvertretenden Verordnungen. 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, das heisst die wichtigen Regelungen, im delegierenden Gesetz selbst enthalten sind (Art. 164 Abs. 1 BV; BGE 134 I 322 E. 2.4 und 2.6.3, BGE 133 II 331 E. 7.2.1; statt vieler: Urteil des BVGer A-2895/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 4.2; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 334 ff., WYTTENBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney [Hrsg.], Kommentar Bundesverfassung, 2015, Art. 164 Rz. 6 ff., PIERRE TSCHANNEN, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 164 Rz. 4 ff.; je mit weiteren Hinweisen).

Es kann nicht ein für alle Mal gesagt werden, welche Regelungen so bedeutend sind, dass sie im formellen Gesetz enthalten sein müssen und wie detailliert die gesetzliche Normierung sein muss (BGE 130 I 1 E. 3.4.2, BGE 128 I 113 E. 3c). Regelungen sind insbesondere dann in einem Gesetz im formellen Sinn zu erlassen, wenn es um grundlegende Bestimmungen über die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte (Art. 164 Abs. 1 Bst. b, vgl. Art. 36 Abs. 1 BV) und um grundlegende Bestimmungen über die Rechte und Pflichten von Personen geht (Bst. c). Für die Umschreibung der Wichtigkeit einer Rechtsnorm sind die Intensität des Eingriffs, die Zahl der von einer Regelung Betroffenen, ihre finanzielle Tragweite und die Akzeptierbarkeit zu berücksichtigen. Entscheidend sind die Umstände im Einzelfall und die Kombination der verschiedenen Kriterien (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 354; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, 2012, § 5 Rz. 1376 ff. mit Hinwei-

sen). Allgemein gelten eher strenge Anforderungen, wenn es um eine Einschränkung von Grundrechten oder um die Schaffung von öffentlich-rechtlichen Pflichten geht, wobei die Natur und die Schwere des Eingriffs bzw. der Verpflichtung mit zu berücksichtigen sind (BGE 123 I 221 E. 4a). Auch für wichtige politische Entscheide ist ein formelles Gesetz erforderlich (BGE 125 I 173 E. 4a, BGE 123 I 254 E. 2b/bb). Wegleitend kann eine verbreitete, seit langem bestehende und gängige Rechtswirklichkeit sein; eine Regelung auf Verordnungsstufe ist eher zulässig, wenn sie dem allgemein üblichen Standard entspricht. Für bisher unübliche Regelungen ist demgegenüber ein formelles Gesetz erforderlich (vgl. BGE 130 I 1 E. 3.4.2, BGE 128 I 113 E. 3c, BGE 125 I 173 E. 9e, BGE 123 I 254 E. 2b/bb, BGE 122 I 130 E. 3b/cc, mit weiteren Hinweisen). Zu berücksichtigen sind ausserdem Flexibilitätsbedürfnisse sowie die Eignung des betreffenden Organs. Regelungen, die ständiger Anpassungen an veränderte Verhältnisse bedürfen, werden zweckmässigerweise nicht in einem Gesetz im formellen Sinn, sondern in einer Verordnung getroffen. Werden besondere Fachkenntnisse verlangt, befasst sich ebenfalls zweckmässigerweise der Verordnungsgeber mit diesen Fragen (WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., § 5 Rz. 1379, 1404, 1413).

In einem Entscheid zur Interkonnektionspflicht im Fernmeldewesen hat das Bundesgericht entschieden, dass es für die Festlegung der erforderlichen Normstufe genügt, auf die allgemeinen Rechtswirkungen der Interkonnektion abzustellen. Weil diese unmittelbar die Rechte und Pflichten der betroffenen Fernmeldedienstanbieter regle und mittelbar Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Benützer der Telekommunikation, also der grossen Mehrheit, wenn nicht der Gesamtheit der schweizerischen Bevölkerung habe, sowie die wirtschaftlichen Folgen erheblich seien, müssten sie demokratisch diskutiert und entschieden werden (BGE 131 II 13 E. 6.4.2).

7.5 Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Liberalisierung des Messwesens eine wichtige Regelung im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV darstellt, welche in einem Gesetz im formellen Sinn zu statuieren wäre. Die Liberalisierung des Messwesens würde für den vorliegenden Fall bedeuten, dass die Netzbetreiberin die Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen verweigern dürfte bzw. dass der Beschwerdeführer 1 seinen Messdienstleister für die Zählerfernauslesung der Lastgangmessung grundsätzlich frei wählen könnte, mit Zustimmung der Beschwerdegegnerin.

7.6

7.6.1 StromVG und StromVV äussern sich nicht ausdrücklich zur Frage der Liberalisierung des Messwesens. Nach Art. 8 Abs. 2 StromVV müssen die Netzbetreiber Richtlinien zum Messwesen erlassen, welche vorsehen müssen, dass Dienstleistungen des Messwesens mit Zustimmung des Netzbetreibers auch von Dritten erbracht werden können. Die Netzbetreiber werden damit verpflichtet, den Datenaustausch zu regeln und die Koordination durch diskriminierungsfreie Richtlinien zu gewährleisten. Wenn Dritte die Dienstleistungen im Rahmen des Messwesens erbringen können, soll dies möglich sein. Diese Dritten werden für diese Leistung nach Vereinbarung entschädigt (zum Ganzen Erläuternder Bericht StromVV, S. 11). Im Bereich des Messwesens besteht gemäss Bundesgericht Raum für situationsangepasste Regelungen, auch Dritte dürfen mit Zustimmung diese Dienstleistungen erbringen (BGE 141 II 141, E. 5.4.5.). Der Bundesrat hat sich beim Erlass von Art. 8 Abs. 2 StromVV auf die Generalklausel von Art. 30 Abs. 2 StromVG gestützt, wonach er die erforderlichen Ausführungsbestimmungen erlassen kann (Delegationsnorm). Art. 8 StromVV lehnt sich vorliegend an Art. 8 Abs. 1 StromVG an, welcher die Aufgaben der Netzbetreiber festlegt bzw. die Verantwortung des Netzbetreibers für das Messwesen als Teil der Aufgaben der Netzbetreiber zur Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes sowie der Organisation der Netznutzung und der Netzregulierung konkretisiert (vgl. E. 4.3).

7.6.2 Mit Erlass des StromVG ging man davon aus, dass sich im Bereich des Mess-, Zähl- und Abrechnungswesens nach Inkrafttreten der neuen Regelungen für innovative Verteilnetzbetreiber eine Expansionsmöglichkeit bietet (Botschaft StromVG, 1673). Folglich ist anzunehmen, dass die Verteilnetzbetreiber mit dem Messwesen wichtige Einnahmen generieren und das Messwesen damit von gewisser finanzieller Bedeutung ist. Davon zeugt auch die Tatsache, dass die ElCom für die Höhe der zu erhebenden Messkosten für Lastgangmessungen eine Mitteilung erlassen hat (Mitteilung vom 12. Mai 2011; vgl. E. 4.4.2).

7.6.3 Gemäss Angaben der Branche nehmen von den rund 700 Netzbetreibern nur noch 100 Netzbetreiber das Energiedatenmanagement vollständig selber wahr. Die restlichen rund 600 Netzbetreiber haben einen Teil oder die gesamten Messdienstleistungen ausgelagert. Diese werden von ca. 10 Systemlieferanten und Netzbetreibern, welche das Energiedaten-

management nicht ausgelagert haben, übernommen. Durch diese Zusammenarbeit oder Auslagerung ergebe sich insbesondere für kleinere Netzbetreiber die Möglichkeit, die Kosten zu senken (VSE, Themenpapier 33: Verantwortlichkeit im Messwesen, 22. Oktober 2014, S. 2 f.). Einige Verteilnetzbetreiber haben – gerade auch im Hinblick auf die Liberalisierung – die Messeinheiten in separate Unternehmen ausgegliedert, so auch die Beschwerdegegnerin, welche die Messdienstleistungen durch die SWIBI AG, eine zu 76.68 % durch die Beschwerdegegnerin beherrschte Tochtergesellschaft, erbringen lässt.

7.6.4 Von einer Liberalisierung des Messwesens erwarten Experten, dass sich ein Wettbewerb entwickelt und dass Drittanbieter die Messungen möglichst effizient durchführen und zu attraktiven Preisen anbieten, womit die Kosten sinken (Bericht Regulierungsfolgen, S. 37; Kosten-Wirksamkeits-Analyse, S. 8). Folglich würden die Endverbraucher von tieferen Preisen profitieren, müssten aber einen Aufwand für die Suche nach alternativen Anbietern und die mit dem Wechsel verbundenen Vertragsänderungen auf sich nehmen. Für die Drittanbieter von Messdienstleistungen entsteht durch die Liberalisierung kein Umsetzungsaufwand. Bei den Netzbetreibern können (administrative) Aufwände anfallen, welche durch neue Aufgaben wie z.B. Eingangskontrolle der Daten, Plausibilitätsanalysen oder Strichproben zur Kontrolle, entstehen (Bericht Regulierungsfolgen, S. 38; Kosten-Wirksamkeits-Analyse, S. 57 f.). Da die Verantwortung der Netzbetreiber für das Messwesen auch bei einer Liberalisierung bestehen bleibt, würde der Aufwand für die Abstimmung der Schnittstellen zwischen den beteiligten Akteuren sowie den Abschluss der dafür entsprechend erforderlichen Verträge bei den Netzbetreibern anfallen (vgl. Kosten-Wirksamkeits-Analyse, S. 82 ff.). Zusätzlich müssten die Netzbetreiber auf Teile der Zusatzeinnahmen, die sie bisher durch das Messwesen generierten, verzichten. Es zeigt sich somit, dass insbesondere die Verteilnetzbetreiber von der Liberalisierung in einem nicht unerheblichen Mass betroffen wären. Ebenfalls betroffen wären die Kunden, d.h. die Inhaber von Photovoltaikanlagen, welche mit einer Lastgangmessung ausgerüstet sein müssen. Sie könnten von mutmasslich tieferen Preisen profitieren, hätten aber auch die mit einem Wechsel verbundenen Zusatzaufwände auf sich zu nehmen. Am wenigsten betroffen wären die dritten Anbieter von Messdienstleistungen, denen sich im liberalisierten Messwesen neue Geschäftsfelder eröffnen würden (vgl. zum Ganzen Bericht Regulierungsfolgen, S. 10). Insgesamt ist von einer relativ hohen Zahl der Betroffenen auszugehen, auch wenn im vorliegenden Fall nur die Liberalisierung des Messwesens im Bereich der

Messdienstleistung (Zählerfernauslesung Lastgangmessung) zu beurteilen ist. Eine Liberalisierung des gesamten Messwesens hätte erheblich grössere Auswirkungen und es wäre ein höherer Anteil der Bevölkerung betroffen.

7.6.5 Insbesondere aufgrund der soeben aufgezeigten Folgen für die Netzbetreiber und entsprechender Betroffenheit ist mit Widerstand der Netzbetreiber gegen eine Liberalisierung zu rechnen. Denn die Netzbetreiber gehen, wie sogleich aufgezeigt wird, davon aus, dass Dritte nur mit ihrer Zustimmung bzw. wenn sie von den Netzbetreibern beauftragt werden, Dienstleistungen im Messwesen erbringen dürfen.

7.6.5.1 Die von den Netzbetreibern gemäss Art. 8 Abs. 2 StromVV geforderten Richtlinien liegen in Form der Branchendokumente des VSE vor (vgl. E. 4.2). Im Marktmodell für die elektrische Energie (MMEE-CH), dem Grundsatzdokument, ist festgehalten, dass der Netzbetreiber für die Messung und die Messdatenbereitstellung verantwortlich ist und diese Aufgabe an Dritte delegieren kann (MMEE-CH Ausgabe 2016, S. 24). Das Messwesen bzw. die Verrechnungsmessung ist im Schlüsseldokument Metering Code (MC) geregelt. Dort heisst es, dass der Netzbetreiber die Dienstleistung selber erbringen oder dafür ganz oder teilweise Dritte beauftragen kann (MC Ausgabe Mai 2016, S. 13). Im Anhang 1 zum Metering Code sind die Grundlagen und Empfehlungen zur Erbringung von Dienstleistungen im Mess- und Informationswesen durch Dritte nach Art. 8 Abs. 2 StromVV festgehalten. Demgemäss entscheidet der Netzbetreiber, ob er die Dienstleistungen des Messwesens selbst erbringt oder durch Dritte erbringen lässt (Anhang 1 zum MC, 18. Mai 2016, S. 5, 9). Weil der Netzbetreiber für das Messwesen verantwortlich ist, dieses Teil des Netzes bildet und der Netzbetreiber ein sicheres, leistungsfähiges und effizientes Netz zu gewährleisten hat, muss der Grundsatzentscheid des Netzbetreibers zur Selbst- oder Fremderbringung nach den Kriterien Effizienz, Leistungsfähigkeit und Sicherheit erfolgen (Anhang 1 zum MC, 18. Mai 2016, S. 9 f.).

7.6.5.2 Die Analyse der Branchendokumente und Empfehlungen zeigt, dass die Netzbetreiber Art. 8 Abs. 2 StromVV offensichtlich so interpretieren, dass der Entscheid über die Auslagerung von Messdienstleistungen beim Netzbetreiber liegt und er folglich aus eigenem Antrieb Dritte entsprechend beauftragen kann. Dass der Anstoss zum Wechsel des Messdienstleisters bzw. zur Beauftragung eines Dritten auch vom Kunden oder gar von Anbietern von Messdienstleistungen ausgehen könnte, ist in den Bran-

chendokumenten nicht vorgesehen. Die Interpretation der Rolle des Netzbetreibers als Auftraggeber ergibt sich indes nicht direkt aus dem Wortlaut der Verordnungsbestimmung, heisst es dort doch lediglich, die (diskriminierungsfreien) Richtlinien hätten vorzusehen, dass Dienstleistungen mit Zustimmung des Netzbetreibers auch von Dritten erbracht werden können (vgl. zur Position der Netzbetreiber VSE, Themenpapier 33: Verantwortlichkeit im Messwesen, 22. Oktober 2014, S. 2 f.; VSE, Bulletin 12/2015, Selbstreflexion der ElCom).

7.6.6 Die Vorinstanz hält in der angefochtenen Verfügung fest, mit der Wahl eines Messdienstleisters durch den Produzenten sei eine Kontrahierungspflicht zulasten des Netzbetreibers verbunden. Die Netzbetreiber seien verpflichtet, Rahmenverträge mit den Messdienstleistern abzuschliessen und damit die Zustimmung zur Erbringung von Messdienstleistungen zu erteilen. Dem gegenüber bringt der Beschwerdeführer vor, der zugelassene Messdienstleister würde kein direktes Vertragsverhältnis mit dem Netzbetreiber eingehen, sondern mit dem Produzenten.

Vorliegend kann offen bleiben, ob ein allfälliger Vertrag zur Erbringung von Messdienstleistungen zwischen dem Netzbetreiber und dem dritten Messdienstleister oder zwischen dem Messdienstleister und dem Produzenten zu schliessen wäre. Festzuhalten ist dabei jedoch, dass mit dem Metering Code und der standardisierten Sprache für die Zählerkommunikation (device language message specification DLMS; vgl. Rz. 43 der angefochtenen Verfügung) die nötigen Grundlagen für die technische Normierung der Schnittstellen der Beteiligten und den Ablauf der Messdatenbereitstellung bereits bestehen. Auch wenn offen bleiben kann, zu wessen Lasten die Liberalisierung allenfalls eine Kontrahierungspflicht mit sich bringen würde, so ist jedoch klar, dass zwingend gewisse Regelungen zu statuieren und Absprachen zwischen den Beteiligten zu treffen wären und damit grundlegende Rechte und Pflichten der Beteiligten betroffen sind.

7.7 Zusammenfassend ist festzustellen, dass bei einer Liberalisierung des Messwesens grundlegende Rechte und Pflichten von Personen betroffen sind und die finanziellen Auswirkungen von gewisser Tragweite wären. Je nach Ausgestaltung der Liberalisierung ist die Zahl der Betroffenen hoch und in jedem Fall ist davon auszugehen, dass mit dem Widerstand der betroffenen Netzbetreiber zu rechnen ist. Daraus ergibt sich, dass die Liberalisierung des Messwesens insgesamt eine grundlegende Bestimmung im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV darstellt, welche einer Grundlage in einem formellen Gesetz bedarf.

Im vorliegenden Fall macht der Beschwerdeführer geltend, sein Anspruch auf Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters ergebe sich aus Art. 8 Abs. 2 StromVV. Weil eine Verordnungsbestimmung nach dem Gesagten jedoch keine genügende gesetzliche Grundlage darstellen kann und darüber hinaus weder weitere gesetzliche Grundlagen hierfür ersichtlich sind noch geltend gemacht werden, ist das Begehren des Beschwerdeführers 1, die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, ihm die Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters zu erteilen, abzuweisen.

7.8 Die Frage, ob Art. 8 Abs. 2 StromVV eine Liberalisierung des Messwesens vorsieht oder nicht, d.h. ob Netzbetreiber Dritte als Anbieter von Messdienstleistern für Lastgangmessungen mit Zählerfernauslesung akzeptieren müssen, muss deshalb vorliegend nicht abschliessend beantwortet werden. Darüber hinaus ist jedoch zu bemerken, dass selbst wenn eine genügende gesetzliche Grundlage für die Liberalisierung vorhanden wäre, im vorliegenden Fall dem Beschwerdeführer die Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters wohl nicht erteilt werden könnte, da die bestehenden Regelungen zu den unterschiedlichen Rollen der Beteiligten, deren Abgrenzungen und Schnittstellen zu unklar und teilweise gar nicht geregelt sind. Hierbei erweisen sich neben den gesetzlichen Bestimmungen insbesondere die Branchendokumente als lückenhaft, da sie nur Kriterien für die Entscheidung, ob Dritte mit der Übernahme von Messdienstleistungen beauftragt werden sollen oder nicht, nennen, nicht jedoch Voraussetzungen zur Erteilung einer allfälligen Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters auf Gesuch des Produzenten. Wie auch die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Fall geltend macht, fehlt es zudem an der Festlegung von Bedingungen und Voraussetzungen für den Wechsel des Messdienstleisters. Die erwähnten technischen Normierungen in diesem Bereich reichen hierfür nicht. Beispielsweise für den Fall, dass ein dritter Messdienstleister plötzlich ausfällt, wären unter anderem Fragen der Betriebspflicht, der Ersatzvornahme und der Kosten zu regeln.

7.9 Festzuhalten ist schliesslich, dass der Liberalisierung grundsätzlich keine technischen Hindernisse entgegenstehen und es Netzbetreibern bei der bestehenden Rechtslage nicht unmöglich oder untersagt ist, ihren Kunden die Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters zu erteilen (RÉRAT, a.a.O., Rz. 61 zu Art. 8 StromVG). Allerdings ist es mit den bestehenden gesetzlichen Grundlagen und Branchendokumenten nicht möglich, eine vollständige Marktöffnung im Bereich des Messwesens umzusetzen, weil insbesondere die Frage der Verantwortlichkeit (z.B. für den Fall eines technischen Defekts) nicht geklärt ist sowie Richtlinien zur Umsetzung und

Kriterien für die Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters fehlen (vgl. zu den ähnlich gelagerten Problemen aufgrund der nicht ausdrücklichen Differenzierung zwischen Netzbetrieb und Stromlieferung im StromVG FÖHSE, a.a.O., 138 f.).

7.10 Damit erweist sich die Beschwerde bezüglich Erteilung der Zustimmung zum Wechsel des Messdienstleisters des Beschwerdeführers 1 im Sinne der Erwägungen als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

8.

8.1 Die Beschwerdeführer 1 und 2 beantragen schliesslich, die Kosten der angefochtenen Verfügung seien unabhängig vom Ausgang des Beschwerdeverfahrens von der Vorinstanz oder der Beschwerdegegnerin zu tragen, eventualiter seien die Kosten der angefochtenen Verfügung erheblich zu reduzieren.

Sie machen geltend, der angefochtene Entscheid würde einer früher publizierten Mitteilung der Vorinstanz diametral entgegenstehen. Mit Erlass und Publikation der Mitteilung habe die Vorinstanz eine Vertrauensgrundlage geschaffen, auf die sie sich verlassen durften. Dies müsse bei der Kostenverteilung zwingend Berücksichtigung finden. Zudem werden die auferlegten Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens als zu hoch und nicht mit dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip vereinbar gerügt. Mangels unpräziser Formulierung sei eine Überprüfung nach objektiven Massstäben nahezu unmöglich. Das Verfahren habe für Mitarbeiter mit Fachkenntnissen weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht besondere Schwierigkeiten geboten und es liege ein gewöhnliches Verwaltungsverfahren vor. Zudem hätten bei der Vorinstanz vertiefte Vorkenntnisse bestanden. Schliesslich würden die veranschlagten Verfahrenskosten in keinem Verhältnis zum wirtschaftlichen Interesse des Beschwerdeführers 1 am Verfahrensausgang stehen.

Der Beschwerdeführer 2 macht zusätzlich geltend, er habe sein Gesuch zu einem frühen Verfahrenszeitpunkt zurückgezogen, in dem sich die Vorinstanz lediglich mit verfahrenstechnischen Fragen zu beschäftigen hatte. Der bis dahin durch ihn verursachte Aufwand sei gering gewesen. Ihm könnten nur Kosten in Rechnung gestellt werden, die bis zum Rückzug angefallen seien.

8.2 Die Vorinstanz hält in ihrer angefochtenen Verfügung fest, dass sie sich bisher nicht auf die Mitteilung vom 12. Mai 2011 gestützt habe und dass die Netzbetreiber diese bisher auch nicht umgesetzt hätten, weshalb bezüglich der Zustimmung zum Wechsel von Messdienstleistern keine eigentliche Praxis bestanden habe. Folglich liege keine Praxisänderung vor. Das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung würde zudem eindeutig überwiegen, weshalb auch bei Annahme einer bestehenden Praxis eine Praxisänderung zulässig wäre. Für die angefochtene Verfügung hat die Vorinstanz im vorliegenden Fall 24 anrechenbare Stunden zu einem Gebührensatz von Fr. 250.— pro Stunde, 16 anrechenbare Stunden zu Fr. 200.— pro Stunde und 80 anrechenbare Stunden zu Fr. 180.— pro Stunde in Rechnung gestellt, was eine Verfahrensgebühr von insgesamt Fr. 23‘600.— ergibt, welche dem Beschwerdeführer 1 zu 90% und dem Beschwerdeführer 2 zu 10% auferlegt wurden.

8.3 Gemäss Art. 21 Abs. 5 StromVG werden die Kosten der ElCom durch Verwaltungsgebühren gedeckt, der Bundesrat regelt die Einzelheiten. Art. 13*a* Abs. 1 Bst. a der Verordnung über Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich vom 22. November 2006 (GebV-En, SR 730.05) hält den Grundsatz fest, dass die ElCom Gebühren namentlich für Verfügungen und Entscheide im Zusammenhang mit der Stromversorgung erhebt. Art. 1 Abs. 3 GebV-En verweist auf die Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV, SR 172.041.1), soweit Erstere keine besonderen Bestimmungen enthält. Gemäss Art. 1 Abs. 3 GebV-En i.V.m. Art. 2 Abs. 1 AllgGebV hat eine Gebühr zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst. Die Gebühren werden nach Zeitaufwand berechnet und betragen je nach Funktionsstufe des ausführenden Personals Fr. 75.— bis Fr. 250.— pro Stunde (Art. 3 Abs. 2 GebV-En). Art. 2 Abs. 2 AllgGebV legt ferner fest, dass mehrere Verursacher einer Verfügung solidarisch haften. Nicht ausdrücklich geregelt ist, wie eine Gebühr unter mehreren kostenpflichtigen Parteien aufzuteilen ist. Es entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, dass die zu erhebende Verwaltungsgebühr in Verfahren, die einem Klageverfahren gleichen, nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens auf die Parteien zu verlegen ist (vgl. dazu BGE 132 II 47 E. 3.3; zum Ganzen zudem: Urteil des BVGer A‑213/2015 vom 13. November 2015 E. 16.2; A‑5979/2010 vom 9. Juni 2011 E. 4.2).

Gemäss Art. 4 Abs. 2 GebV-En können die Gebühren aus wichtigen Gründen herabgesetzt oder erlassen werden. Ein Verzicht auf eine Gebührenerhebung ist möglich, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verfügung besteht oder es sich um Verfügungen mit geringem Aufwand

handelt (Art. 3 Abs. 2 AllgGebV). Denkbar ist ein Erlass aus Billigkeitsgründen, weil andere Gründe es als unangebracht oder unverhältnismässig erscheinen lassen, einer Partei die Kosten aufzuerlegen (KIENER/RÜTSCHE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2012, Rz. 1476; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.60; vgl. Urteil des BVGer A-6863/2015 vom 24. November 2015 E. 3, A-40/2015 vom 3. Juni 2015 E. 4.1 und 4.2). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann dies zutreffen, wenn mit der Beschwerde ideelle Zwecke verfolgt werden, wenn das öffentliche Interesse an der Abklärung einer Streitsache oder ihre allgemeine Tragweite einen Erlass rechtfertigt oder wenn eine neue Praxis erstmals zur Anwendung gelangt und die beschwerdeführende Partei gestützt auf die bisherige Praxis damit rechnen durfte, dass auf ihre Beschwerde eingetreten werde (vgl. BGE 137 II 58 E. 14.2.3, 138 III 94 E. 3, 123 I 224 E. 6, 119 Ib 414 E. 3; Urteil des BVGer A-420/2007 vom 3. September 2001 E. 7.1). Das Bundesgericht sodann kann die Kostenverteilung nach Ermessen vornehmen oder auf die Kostenerhebung etwa dann verzichten, wenn sich eine Partei in guten Treuen zur Beschwerdeführung veranlasst sah, aber aus unvorhersehbaren Gründen, z.B. wegen einer Praxisänderung, unterlegen ist (ANNETTE DOLGE, in: Spühler/Aemisegger/Dolge/Vock [Hrsg.], Praxiskommentar BGG, 2. Aufl. 2013, Art. 66 Rz. 5; THOMAS GEISER, in. Basler Kommentar zum BGG, 2. Aufl. 2011, Art. 66 Rz. 17).

8.4 Im vorliegenden Fall weisen sowohl die Höhe der aufgeführten anrechenbaren Stunden der Vorinstanz als auch die Zahl der abgehandelten Vorbringen und Rechtsfragen darauf hin, dass es sich vorliegend um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mit nicht unerheblichen Schwierigkeiten handelt. Das öffentliche Interesse und das Interesse der beteiligten Akteure bzw. der Strombranche an der Klärung der grundsätzlichen Frage, ob ein freier Zugang zum Messwesen besteht oder nicht, war und ist auch aufgrund der unmittelbar nach Erlass der angefochtenen Verfügung bereits ergangenen Anpassung der Branchendokumente offensichtlich gross. Da die sich stellende Frage von gewisser Tragweite bisher nicht ausdrücklich beantwortet war und offensichtlich ein erheblicher Klärungsbedarf bestand, kann vorliegend von besonderen Umständen ausgegangen werden, welche grundsätzlich ein Abweichen von der üblichen Kostenauferlegung nach Obsiegen und Unterliegen rechtfertigen können. Zudem hatte die Vorinstanz eine allgemeine Mitteilung erlassen und veröffentlicht, welche die Erwartung hätte wecken können, die Vorinstanz würde schliesslich auch in einem konkreten Fall im Sinne dieser Mitteilung zu Gunsten der Beschwerdeführer entscheiden, auch wenn die Vorinstanz die

Mitteilung bisher nicht angewendet und die Branche diese bisher auch nicht umgesetzt hatte. Weiter zu berücksichtigen ist, dass es sich vorliegend zwar um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung und Tragweite für die Strombranche handelt, das wirtschaftliche Interesse der Beschwerdeführer am Verfahrensausgang jedoch verhältnismässig gering ist.

8.5 Aufgrund dieser Umstände rechtfertigt es sich insgesamt, die Gebühr des vorinstanzlichen Verfahrens in Anwendung von Art. 4 Abs. 2 GebV-En ausnahmsweise herabzusetzen. Folglich ist Disp. Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung in Gutheissung der entsprechenden Eventualanträge der Beschwerdeführer 1 und 2 aufzuheben und die Verfahrensgebühr auf die Hälfte herabzusetzen. Diese Gebühr ist den Beschwerdeführern unter Beibehaltung der von der Vorinstanz vorgenommenen Aufteilung, welche aufgrund des im vorliegenden Fall angefallenen Aufwands nicht zu beanstanden ist, auf die Beschwerdeführer 1 und 2 zu verlegen. Daraus ergibt sich, dass von der auf die Hälfte reduzierten Verfahrensgebühr für das vorinstanzliche Verfahren von Fr. 11‘800.— dem Beschwerdeführer 1 Fr. 10‘620.— (90%) und dem Beschwerdeführer 2 Fr. 1‘180.— (10%) aufzuerlegen sind.

9.

9.1

9.1.1 Die Verfahrenskosten für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Unterliegt diese nur teilweise, werden die Verfahrenskosten ermässigt. Sie können jedoch ausnahmsweise erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG), wenn entweder ein Rechtsmittel ohne erheblichen Aufwand für das Gericht durch Rückzug oder Vergleich erledigt wird oder andere Gründe in der Sache oder in der Person der Partei es als unverhältnismässig erscheinen lassen, sie ihr aufzuerlegen (Art. 6 Bst. a und b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

9.1.2 Bei diesem Verfahrensausgang obsiegen die Beschwerdeführer 1 und 2 nur teilweise, zur Hauptsache gelten sie als unterliegend. Aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falles (vgl. E. 8.4) erscheint es jedoch als unverhältnismässig, den zur Hauptsache unterliegenden Beschwerdeführern 1 und 2 die Kosten aufzuerlegen. Dasselbe gilt für die

Beschwerdegegnerin, die nur geringfügig unterliegt. Es sind deshalb keine Verfahrenskosten zu erheben.

9.2

9.2.1 Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Obsiegt die Partei nur teilweise, so ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE). Keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben Bundesbehörden und andere Behörden, die als Parteien auftreten (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Das Gericht setzt die Parteientschädigung auf Grund der Kostennote fest. Wird keine Kostennote eingereicht, erfolgt die Festsetzung auf Grund der Akten (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

9.2.2 Vorliegend obsiegen die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz in der Hauptsache, insgesamt jedoch nicht vollständig. Erstere hat deshalb Anspruch auf eine leicht gekürzte Parteientschädigung. Da sie keine Kostennote eingereicht hat, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen. In Anbetracht des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwands für das vorliegende Verfahren und unter Berücksichtigung aller Umstände erscheint eine Entschädigung von Fr. 8'000.— (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Sie ist den grossmehrheitlich unterliegenden Beschwerdeführern zur Bezahlung aufzuerlegen. Der grossmehrheitlich obsiegenden Vorinstanz steht angesichts ihrer Stellung als Bundesbehörde von vornherein keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 3 VGKE). Die Beschwerdeführer 1 und 2 haben eine Kostennote eingereicht, die einen Gesamtaufwand von Fr. 10‘228.— ausweist. Sie haben angesichts ihres nur teilweisen Obsiegens und unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der gemeinsamen Beschwerdeeinreichung, Anspruch auf eine stark gekürzte gemeinsame Parteientschädigung, welche auf Fr. 2‘000.— festgesetzt wird und von der Beschwerdegegnerin (Art. 64 Abs. 3 VwVG; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.70) zu entrichten ist.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

1.1 Die Beschwerde der Beschwerdeführer 1 und 2 wird teilweise gutgeheissen und Disp. Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids vom 15. Oktober 2015 wird aufgehoben.

1.2 Die Verfahrensgebühr für den angefochtenen Entscheid vom 15. Oktober 2015 wird auf Fr. 11‘800.— festgesetzt. Davon werden Fr. 10‘620.— dem Beschwerdeführer 1 und Fr. 1‘180.— dem Beschwerdeführer 2 auferlegt.

1.3 Im Übrigen wird die Beschwerde im Sinne der Erwägungen abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'500.— ist den Beschwerdeführern nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten. Hierzu haben sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Zahlungsverbindung bekannt zu geben.

3.

3.1 Der Beschwerdegegnerin wird eine Parteientschädigung im Betrag von Fr. 8‘000.— (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zugesprochen. Diese ist ihr durch die Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu entrichten.

3.2 Den Beschwerdeführern wird eine gemeinsame Parteientschädigung im Betrag von Fr. 2‘000.— (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zugesprochen. Diese ist ihnen durch die Beschwerdegegnerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu entrichten.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Christine Ackermann	Laura Bucher

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 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: